



FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**“LA LEGITIMA EXPECTATIVA DE DERECHOS EN EL ARBITRAJE DE
INVERSIONES”**

Tesis presentada por la Bachiller en Derecho:

GINETTE GLADYS OVIEDO VERA

Para optar el título profesional de Abogado

Asesor: Mg. Mauricio Matos Zegarra

AREQUIPA, 2017

A Dios y a mi Familia.

ÍNDICE

RESUMEN	2
INTRODUCCIÓN	3
PRIMER CAPÍTULO:	5
TEORÍA GENERAL DEL ARBITRAJE	5
1. ASPECTOS GENERALES.....	5
A. El Arbitraje	5
B. Principio de Kompetenz – Kompetenz.....	9
C. Convenio Arbitral.....	11
2. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	12
3. ARBITRAJE INTERNACIONAL DEL INVERSIONES	13
A. Arbitraje de Inversiones	13
B. Noción General de Inversión Extranjera	15
SEGUNDO CAPITULO:	23
INVESTIGACIÓN JURÍDICA	23
TÍTULO PRIMERO: LA PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES	23
1. FIGURAS JURÍDICAS	23
2. TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN (TBI).....	37
3. RELACIÓN ARBITRAJE Y DERECHO ADMINISTRATIVO	41
TITULO SEGUNDO: ANÁLISIS DE LAUDOS ARBITRALES.	44
1. ANÁLISIS JURÍDICO	44
A MODO RESUMEN	63
CONCLUSIONES.....	64
RECOMENDACIÓN	66
BIBLIOGRAFÍA	67

RESUMEN

La legítima expectativa de derechos en el arbitraje de inversiones es un concepto no bien entendido y manejado, razón de esta investigación, donde a partir de laudos internacionales CIADI se verá la dificultad que se tiene al laudar. Asimismo se presentarán los conceptos del estoppel, el principio de buena fe y la teoría de actos propios entre otros para poder entender y analizar mejor la legítima expectativa en una inversión extranjera. Todo esto para llegar a la conclusión de si existe algún beneficio al uniformizar criterios e igualmente se analizará si existe la posibilidad de una definición universal, ya que las consecuencias que genera una irregularidad en la misma es la indemnización de pago por daños y perjuicios y otra será tener lineamientos universales que permitan a los árbitros tener un mejor desempeño en su rol de juez.

INTRODUCCIÓN

El crecimiento económico en el mundo ha permitido que más empresas quieran y puedan invertir en otros países, pero debido a la inseguridad jurídica que atraviesan los inversores al presentarse alguna irregularidad, problema o desacuerdo con el país receptor y la vulnerabilidad en relación con las leyes nacionales es que existe un método distinto al habitual llamado arbitraje.

El arbitraje de inversiones es una rama de derecho bastante novedosa y el tema a abordar no cuenta con muchos estudios previos o dicho de otra manera con los necesarios. Debido a esto, se estima necesaria una investigación a un contenido tan sensible e importante, como el de la legítima expectativa en el arbitraje de inversiones.

En la investigación también se verán los BIT's o Tratados Bilaterales de Inversión y sus alcances, así como su relación con las definiciones de inversión y la legítima expectativa de derechos sobre las inversiones hechas en un Estado receptor. No se tomará en cuenta la jurisdicción del Tribunal ni la competencia en particular. Los casos servirán para profundizar en el análisis y las consecuencias del mismo, haciendo una comparación de los mismos tomando como central el de *Mihaly vs Sri Lanka*.

El objetivo principal es determinar si es beneficioso o no uniformizar el concepto de legítima expectativa para que al momento de laudar sobre indemnización de daños y perjuicios no se vea vulnerado o no haya la seguridad jurídica para la empresa inversora y que ésta se sienta protegida cuando va a arbitraje.

Asimismo es necesario tener en cuenta las cláusulas del Tratado Bilateral de Inversiones y todos los pactos entre las partes. Igualmente deducir desde qué momento es válido concebir la legítima expectativa para poder realizar el reclamo respectivo.

La investigación es de carácter documental y se divide en tres capítulos diseñados estratégicamente. En el primer capítulo tenemos conceptos generales sobre arbitraje, los cuales son importantes para entender la importancia y las particularidades del mismo. Estos conceptos permitirán que se compruebe la necesidad que exista un mecanismo autónomo de resolución de conflictos en las inversiones, a consecuencia de las características en su formación y acuerdos de éstas.

A continuación en el segundo capítulo se verán conceptos más específicos, es decir centrados en el tema principal de legítima expectativa y como es la relación entre ellos para llegar a una mejor comprensión al momento de analizar los casos CIADI. Asimismo se presentará en esta sección los laudos CIADI a modo de presentación, para que posteriormente se entienda el análisis respectivo. En este capítulo también se logrará entender que significa CIADI y cómo se desarrolla un arbitraje de inversiones, requisitos e incluso la importancia del mismo.

Finalmente en el último capítulo se hace un análisis exhaustivo de los laudos arbitrales para advertir las contradicciones entre ellos que a pesar de relacionarse con el tema de fondo y son muy parecidos, el Tribunal Arbitral ha sentenciado de distinta manera. En los casos a analizar las inversiones han sido divididas o finalizadas antes de tiempo por desacuerdos con el Estado. También se podrá observar que las negociaciones no son claras e incluso los documentos firmados no han sido oficializados, por lo tanto las interpretaciones se adecuan de acuerdo a la posición de cada parte. Todo ello no permite que el Tribunal pueda laudar adecuadamente, y por ello es necesario tener ciertos conceptos claros y precisos.

PRIMER CAPÍTULO:

TEORÍA GENERAL DEL ARBITRAJE

1. ASPECTOS GENERALES

Como se mencionó anteriormente el objeto de la investigación es determinar los beneficios de uniformizar el criterio sobre la legítima expectativa de derechos en los arbitrajes de inversión, y ver si es viable. Para ello, es inevitable empezar por conceptos generales de arbitraje que nos permitan entender qué es y cómo se desempeña en la sociedad.

A. El Arbitraje

El arbitraje¹ es un método de resolución de conflictos, es una herramienta por la cual las partes resuelven sus diferencias sin la necesidad de ayuda de jueces estatales. En otras palabras, es un sistema alternativo de resolución de conflictos donde el sistema jurisdiccional nacional queda apartado total o parcialmente, dependiendo de las partes.

También se puede definir el arbitraje como la manifestación más elemental de la administración de justicia, donde un contrato privado es el que origina que dos o más sujetos de derecho decidan someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva de uno o más terceros, los cuales se denominan árbitros. Éstos son designados por las partes o por algún mecanismo establecido por el contrato, donde la decisión resolutoria de los árbitros o laudo es de cumplimiento obligatorio para las partes, en virtud de

¹ CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc SRL & Vilela Editor, 2da edición, 2000. Pp 31 y ss.

que el ordenamiento jurídico establece que los contratos son ley para las partes. La ejecución de la decisión arbitral, en caso ésta sea necesaria, queda siempre en manos del Estado².

i. Naturaleza Jurídica del Arbitraje

Para poder explicar la naturaleza jurídica del arbitraje existen algunas teorías,³ que han sido abarcadas por varios autores como *Roque Caivano*⁴ y *Francisco Gonzales de Cossio*⁵, en las se intenta definir correctamente su naturaleza.

Aquí presentamos en resumen de las distintas teorías que en su mayoría los autores concuerdan que son:

a. Contractualista

Es también llamada teoría privatista, la cual plantea que no hay jurisdicción si hay contrato, es decir, se niega toda jurisdicción al arbitraje. Esto quiere decir que todo el arbitraje radica en la voluntad y consentimiento de las partes, por lo tanto los árbitros carecen de función jurisdiccional. La jurisdicción es un atributo estatal que se encuentra reservado para los jueces estatales, ya que si se trata de juzgar y ejecutar lo juzgado, lo último no podrá realizarlo un árbitro. En otras palabras tiene un origen civilista respecto de la capacidad de los sujetos contratantes y a los demás regímenes de dicho contrato⁶. Asimismo, Feldestein y Leonardo sostiene que como las partes han acordado

² CASTILLO Freyre, Mario, "Arbitraje. El juicio privado. La verdadera reforma de justicia", Palestra, Lima, 2007, Pp. 49

³ CHIPANA CATALAN, Jhoel. *Arbitraje: Los árbitros y la Ley de Arbitraje de Perú*. Estudio Mario Castillo Freyre, ECB Ediciones SAC, setiembre 2014, pp 55-62

⁴ CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc SRL & Vilela Editor, 2da edición, 2000. Pp 91-97

⁵ GONZALES DE COSSIO, Francisco; *"El Arbitraje"*, 3ra Edición, Editorial Porrúa, México, 2011. Pp 17-22

⁶ LEDESMA Narvaez, Marianella. *"Jurisdicción y Arbitraje"*, 2da Edición, Fondo Editorial PUCP, 2010, Lima, Pp. 30-38

celebrar determinados negocios han convenido también el modo de resolver posibles conflictos. Algo importante en esta tesis es la falta de *imperium* del árbitro, ya que no tiene la posibilidad de ejercer coerción en los particulares para obtener cumplimiento forzado de una determinada conducta. La relación entre partes y árbitro es meramente contractual y las facultades de éste último son obtenidas por la voluntad de las partes.

b. Teoría Jurisdiccionalista

Esta teoría plantea que los árbitros ejercen función jurisdiccional porque así la ley lo plantea, mientras que ejercen una función de juez porque las partes lo acuerdan. También se sostiene que es por los efectos que la ley otorga al laudo arbitral como cosa juzgada. La eficacia no depende de la voluntad de las partes de someter a un tercero a decisión, sino que una vez manifestado los efectos de la decisión los establece la ley y son los mismos que los de una sentencia dictada por un Tribunal ordinario. *Santos Balandro* afirma que el compromiso arbitral es un pacto procesal que autoriza a los árbitros a actuar como si fueran órganos jurisdiccionales del Estado.

c. Teoría Mixta

Esta teoría plantea que el arbitraje se inicia cuando las partes lo han acordado mediante un convenio arbitral y se desarrollará mediante un procedimiento en el que la función y la decisión del árbitro tendrán un carácter definitivo semejante a las resoluciones judiciales. Es decir que la institución es de carácter contractual en su origen pero jurisdiccional

en sus efectos⁷. Ahora bien, es necesario recalcar que la actividad jurisdiccional no la realizan los árbitros, ya que la acción que cumplen es, de alguna manera, la expresión de la voluntad de las partes, y lo que sí, es que están sujetos a un control jurisdiccional formal.

d. Teoría Autónoma

Finalmente, aquí se defiende que el arbitraje es una institución autónoma que reconoce los elementos jurisdiccionales y contractuales que lo originan. Esta teoría observa al arbitraje *per se*, es decir que reconoce al Derecho Arbitral como autónomo y que se ha desarrollado para ayudar la consecución del arbitraje.

Es una especie de versión refinada de la teoría mixta, porque reconoce los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje pero en lugar de darle más peso al papel que el derecho de la sede del arbitraje pueda ejercer y a la autonomía de las partes, se enfoca en el medio legal y empresarial donde las partes acuerdan participar en el procedimiento arbitral.⁸

El valor agregado es justamente no darle el peso a la sede y su derecho sino que es un sistema flexible no-nacional para la solución de conflictos, sobre todo en casos comerciales. En el arbitraje internacional por ejemplo es muy necesario, ya que se busca un mecanismo que se respete y ejecute, que contemple un trato justo y que sobre todo pueda satisfacer las características del caso particular y que no tengan que ver con los sistemas procesales nacionales.

⁷ GONZALES DE COSSIO, Francisco; *"El Arbitraje"*, 3ra Edición, Editorial Porrúa, México, 2011, Pp. 20-21

⁸ *Ibíd*em, PP 21-23

Habiendo mencionado las cuatro teorías, se considera la más adecuada la última ya que el arbitraje, como antes se mencionó, es una alternativa para solucionar conflictos independientes, siendo el producto de la interacción de una serie de figuras jurídicas que por su naturaleza pertenecen a otras ramas del derecho. Por ello, se convierte en un fenómeno que adopta figuras, principios, instituciones, etc. Las más útiles, le pueden otorgar al arbitraje las mejores herramientas, lo que le permiten cumplir su objetivo, que es resolver la controversia.

De esta manera el arbitraje se convierte en un camino que tiene una meta, que se podría llamar como justicia arbitral y como tal esta postura colabora a que el arbitraje se convierta en un mecanismo eficiente

B. Principio de Kompetenz – Kompetenz⁹

Este es uno de los principios más importantes, que se puede definir según Roque Caivano¹⁰, como la posibilidad que se reconoce a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando ésta haya sido cuestionada. En otras palabras, los árbitros podrán resolver ellos mismos sobre el planteamiento de la incompetencia.

Existen dos posturas, una de ellas, la alemana que sostiene que el Tribunal Arbitral es el único capaz de decidir sobre su competencia. La francesa tiene un matiz donde el árbitro es el primer juez en señalar su competencia y sin embargo un juez ordinario será el que tome una decisión final.

⁹ Martinez Cardenas Irene, Kompetenz Kompetenz ¿Quién debe resolver acerca de la validez de un contrato? En arbitraje y debido proceso , Estudio Mario Castillo Freyre, enero 2007, Palestra Editores SAC, pp.57-70

¹⁰ CAVANO, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc SRL & Vilela Editor, 2000, pp. 159-160.

Una postura adecuada es la que postula que el árbitro es el facultado a hacerlo y que el juez podría realizarlo posteriormente, en caso que se pida la anulación del Laudo en la vía judicial.

Para ejercer este principio en sí mismo, basta con una cláusula arbitral *prima facie*, mientras que para un análisis jurisdicción – competencia del Tribunal arbitral con respecto al fondo del asunto se requiere la validez plena e integral de la cláusula arbitral¹¹.

Sin embargo este principio tiene un efecto negativo del principio, ya que permite que los Tribunales judiciales limiten su revisión a una determinación *prima facie* de la existencia y validez del convenio arbitral para que los árbitros sean los primeros en examinar su competencia y luego los Tribunales judiciales ejerzan un control con la anulación o ejecución del laudo¹².

Este principio se relaciona con el de separabilidad del convenio arbitral, ya que éste asume que el arbitraje es independiente y autónomo del contrato principal y de cualquier vicio que lo afecte de manera que el cuestionamiento de la validez o existencia del contrato principal no produce un efecto inmediato sobre la validez o existencia del convenio arbitral. Como consecuencia de esto y entroncado al principio de Kompetenz-Kompetenz, los árbitros tienen autoridad no solo para determinar su propia competencia sino además la validez o existencia del contrato. Ambos principios se interrelacionan para garantizar que las partes vinculadas por un acuerdo de arbitraje no sean desviadas a los Tribunales judiciales frente a una alegación sobre la validez del contrato o sobre la validez del convenio arbitral.

¹¹ DIAZ-CANDIA HERNANDO, “*El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje*”, Editorial Aranzandi, Primera Edición, España, 2011, Pp. 133.141

¹² RUBIO GUERRERO, ROGER, “*El principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje*”, En: http://www.limaarbitration.net/LAR4/Roger_Rubio_Guerrero.pdf, Pp. 01

Sin la existencia de estos dos principios el desarrollo del arbitraje estaría sujeto a una incertidumbre porque bastaría que la parte renuente al arbitraje invoque la nulidad del contrato y de la cláusula arbitral que forma parte del contrato para cuestionar e impedir el arbitraje.

C. Convenio Arbitral

El convenio arbitral¹³ es básicamente una figura que se encarga de eliminar la dualidad de la cláusula compromisoria – compromiso arbitral, es decir, que la existencia del acuerdo pactado antes que nazca la controversia es suficiente para poder llevar la contingencia a arbitraje.

En el convenio arbitral no se define el lugar, el idioma o cualquier particularidad, sino que tiene dos elementos esenciales¹⁴, que son (1) el compromiso inequívoco y claro que las partes desean someterse al arbitraje y (2) la fijación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los conflictos.

Entonces se podría decir que para el convenio arbitral no se necesita determinar la controversia, pero sí la referencia al contrato o la relación jurídica, que es la base por la cual existirá la controversia que dará lugar al arbitraje.

Asimismo, en el convenio se puede pactar el lugar, idioma, número y designación de árbitros, ley aplicable, costos, procedimiento e incluso la renuncia al recurso de apelación; es decir se puede pactar todo o nada. Incluso en algunos casos se permite que los árbitros sean los que designan tiempos o cualquier otra particularidad.

¹³ CANTUARIAS Salaverry, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, 2007, Lima, pp. 226-228

¹⁴ Ídem pp. 229-230

2. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El arbitraje internacional¹⁵ se ha consagrado como el principal método de resolución de conflictos internacionales, sobre todo comerciales y de inversiones. Es por ello que la gran mayoría de países ha adaptado sus legislaciones con el fin de ajustarse a esta realidad.

Cabe señalar que este tipo de solución de controversias es de carácter privado, es decir, no existe la necesidad de recurrir a Tribunales judiciales. Una característica propia es que no se parece en lo más mínimo a un proceso legal, ya que las partes son las que deciden en todo lo respecta al proceso.

Esto es posible porque existe un sistema de leyes nacionales y tratados internacionales que lo respaldan. Por ejemplo, en un arbitraje comercial internacional podemos encontrar hasta cuatro (04) sistemas u ordenamientos jurídicos: el derecho aplicable al reconocimiento y ejecución del acuerdo, el que reglamenta el proceso arbitral, el que el Tribunal debe aplicar y por último la legislación que se tomará en cuenta al momento de la ejecución del laudo.

Algo muy particular del arbitraje es que el derecho que rige las cuestiones controvertidas puede ser un régimen completamente distinto al de la sede. Por otra parte, el derecho de fondo no necesariamente debe ser un determinado ordenamiento jurídico nacional, puede ser una mezcla de nacional e incluso internacional, es decir, existe una libertad por parte de las partes.

El arbitraje comercial internacional es una figura particular, ya que es un proceso privado que tiene efectos públicos, implementados con el respaldo de las autoridades estatales de cada país y procesados mediante su derecho interno.

¹⁵ REDFERN Alan, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Editorial Thomson Aranzandi, 4ta edición, pp. 59

Es importante recalcar que el arbitraje es recomendado porque brinda a las partes la oportunidad de seleccionar la jurisdicción y Tribunal neutral, es decir, se tiene la certeza que no habrá alguna parcialidad por parte del Estado. La segunda razón es que la decisión final se puede ejecutar no solo en el lugar donde ha sido dictada sino también en el ámbito internacional, de acuerdo a los tratados internacionales, como la Convención de New York.

3. ARBITRAJE INTERNACIONAL DEL INVERSIONES

A. Arbitraje de Inversiones

El arbitraje de inversiones surge a consecuencia de la utilidad del fenómeno económico del movimiento internacional de capitales, es decir el movimiento económico es tal que se ha optado por canalizar las disputas por la vía jurídica; y porque en el plano internacional las personas físicas o morales son objetos, no sujetos de derecho internacional¹⁶.

Entonces se puede definir al arbitraje de inversiones¹⁷ como aquella rama del derecho arbitral que permite a los inversionistas tener un mecanismo propio de resolución de conflictos, el cual les brinda las garantías jurídicas necesarias para llegar a un acuerdo con el Estado receptor sin tener ninguna presión diplomática u otras similares, además de contar con una entidad consignada para ello.

Si se habla de arbitraje de inversiones es necesario tocar el concepto¹⁸ de inversión, el cual es vago y no solo jurídica sino económicamente, esto debido a que las

¹⁶ GONZALES DE COSSIO, Francisco; *"El Arbitraje"*, 3ra Edición, Editorial Porrúa, México, 2011, pp. 897 y ss.

¹⁷ Definición propia del autor

¹⁸ GONZALES DE COSSIO, Francisco; *"Arbitraje de Inversión"*, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 2009, pp. 83 y ss.

políticas económicas en cada país son distinta inversión como una categoría de activo, es decir como un fenómeno, un proceso o una acción. Existe una diversidad semántica ha propiciado una confusión. Estas definiciones se pueden encontrar en los TBI.

Las definiciones de los TBI muchas veces, en su mayoría, ocasionan más dudas de las que resuelven, ya que lo definen de una manera amplia brindando como consecuencia una mayor flexibilidad en su aplicación. La redacción comúnmente refiere a cualquier tipo de activos o cualquier tipo de inversión en el territorio.

Por ejemplo en algunos países para la definición de inversión utilizan técnicas distintas, por ejemplo enumeran los temas que expresamente son de inversión, otras usan la definición conceptual, otras legislaciones incluyen listas no exhaustivas, otras contemplan una definición circular y otras vía umbrales.

Es preciso recalcar que no todas las legislaciones contemplan al arbitraje como arreglo a las disputas de inversión y ahí es cuando la definición es aún más estrecha.

La dificultad que encuentra un inversionista es el aumento de riesgo cuando es un territorio extranjero, ya que existen asimetrías para demandar al Estado receptor, porque podrían tener dificultades al hacerlo, por ejemplo se puede incrementar costos, o incluso se podría pensar en falta de neutralidad. Es por ello que frente a las inversiones el trato es distinto. También se podría hablar de riesgos políticos, inestabilidad jurídica y un declive de competitividad tanto para el Estado como para el inversionista.

Todo lo que propone el arbitraje de inversiones y su procedimiento es a raíz del crecimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y la expansión de Tratados de Libre Comercio (TLC) que obligan a tomar nuevas medidas en caso de conflictos.

Finalmente destacar que normalmente este mecanismo se realiza ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la cual es importante para esta investigación, porque está centrada en los arbitrajes propios de esta institución.

B. Noción General de Inversión Extranjera

En párrafos anteriores se mencionó ya un acercamiento al concepto de inversión, sin embargo aquí también se presentará un enfoque mercantil, ya que por inversión se puede entender justamente cualquier movimiento económico, en la forma que sea, que un nacional de un Estado realice a otro Estado, con cierta vocación de permanencia.

Sin embargo, esto podría traer ciertas dificultades. Por ejemplo, un grupo de personas nacionales de un mismo Estado constituyen una sociedad en otro Estado, y ésta realiza actividades en el Estado donde sus accionistas son nacionales. Entonces la pregunta a colación es, ¿sería inversión extranjera?. Así como este podría haber otros.

La noción de inversión no es sencilla, inclusive en un inicio en la Organización Mundial de Comercio (OMC) se intentó encontrar una definición universal.

La idea central era intentar entender qué tipo de protección era necesaria y que incluso podría trasladarse a buscar un trato justo y equitativo.

Una vez que se llegue a establecer que una actividad es inversión según tratado deberá completarse el análisis jurisdiccional porque ello solo viene a ser el primer

paso, posteriormente se deberá establecer si cumple con los requisitos del artículo 25 del Convenio CIADI, esto se le llama requisito dual de jurisdicción¹⁹

Un ejemplo es el “Caso Loewen”, donde un inversor canadiense fue demandado ante un jurado de Mississippi por una empresa local llamada O’Keefe por violación a las leyes de antitrust²⁰. En este caso también se tocó un tema de discriminación, argumento utilizado por la parte demandante y el jurado para este caso fue básicamente afroamericano, incluso la presidencia. Por lo que el abogado de O’Keefe, el demandante, enfatizó el sentimiento racial, argumentando que la otra parte solo negociaba con raza blanca. Al finalizar, el jurado falló en contra de Loewen, la demandada, con sanciones económicas graves. Loewen no se quedó tranquilo, por lo que denunció ante el CIADI que no hubo trato justo ni equitativo por los argumentos utilizados.

El trato justo y equitativo es un requisito para un proceso y para entender mejor la definición éste se puede tomar la del caso “Tecmed vs México”, el cual se analizará posteriormente. Finalmente se señala que *“El inversor extranjero espera del Estado receptor que actúe en forma consistente, libre de ambigüedades y con total transparencia en sus relaciones con el inversor extranjero (...) sin que arbitrariamente revoque cualquier precedente decisión normativa emitida que fuese tomada por el inversor para asumir sus compromisos y para lanzar sus actividades comerciales”*.

a. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, que en adelante se llamará CIADI, es una institución aprobada por el Banco Mundial en el año 1965, con la finalidad de brindar un mecanismo de solución de conflictos

¹⁹ Ibidem

²⁰ Antitrust: antimonopolio.

neutral sobre inversiones mediante la utilización de la vía arbitral, el cual entró en vigencia el 14 octubre de 1966²¹.

El convenio CIADI es un tratado multilateral que propone crear un foro arbitral imparcial donde participan todos los Estados miembros. Hasta el momento²² se tiene entendido que son 161 países los miembros del Convenio.

Los directores del banco mundial sostienen que el CIADI mantiene un equilibrio entre los intereses del inversionista y el de los Estados receptores, es decir, que se protege a ambos por igual.

b. Principales características²³

Las principales características están reguladas en el mismo convenio sin embargo se señalaran debido a su importancia para la presente investigación.

El acceso a CIADI es voluntario, es decir que cada Estado e inversionista libremente accede a éste. Se debe recalcar que una vez adoptado el acuerdo es irrevocable²⁴.

El Convenio concede libertad para adoptar normas de derecho, es decir las pueden acordar a la firma del Tratado. En caso de no haber definido se tomará en cuenta las del Estado con el que se es parte y las normas del derecho internacional²⁵.

²¹ En: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/default.aspx> (traducción propia del autor)
Fecha: 11.08.2016

²² En: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx> fecha: 11.08.2016

²³ KUNDMULLER CAMINITI, FRANZ; "El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte", Lima Arbitration Nº1, 2007, pp. 76 y ss.

²⁴ **Art 25** CIADI: La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado (...)

²⁵ **Art. 42** (1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser

Los laudos que se emitan son vinculantes, además que no pueden ser objeto de apelación ni otro recurso, excepto los mencionados en el mismo convenio²⁶.

Todos los Estados contratantes están obligados a reconocer y ejecutar laudos emitidos en CIADI como una sentencia firme formulada por sus propios Tribunales²⁷.

Una vez emitido el laudo arbitral el Estado parte está obligado a “acatar y cumplir” con el mismo, pero esta ejecución no puede erosionar la inmunidad soberana si el alcance de dicha inmunidad es reconocida por el ordenamiento jurídico del Estado²⁸.

c. Jurisdicción y Competencia CIADI

Como se mencionó en párrafos anteriores, para acceder a CIADI se debe ser parte del Convenio (*ratio personae*) esto quiere decir que el inversionista debe

aplicables. (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. (3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*

²⁶ **Art. 53** El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio. (2) A los fines previstos en esta Sección, el término “laudo” incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52.

²⁷ **Art. 54** (1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un Tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus Tribunales federales y podrá disponer que dichos Tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los Tribunales de cualquiera de los estados que lo integran. (2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los Tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales Tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General. (3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.

²⁸ **Art. 55** Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero.

contar con la nacionalidad de un Estado que sea parte del CIADI, sin embargo no puede tener la misma nacionalidad del Estado con el que tiene la controversia, así mismo este sostiene que deben estar de acuerdo con llevarlo a través de esta organización y por escrito (*ratio voluntatis*) y que la disputa por la que se lleva a arbitraje sea a consecuencia de una inversión y que la controversia sea legal (*ratio materiae*). Una vez que se comprueba esto, mediante una solicitud al Secretario General para el arbitraje, esto no determina la jurisdicción, ya que el Tribunal asignado será el encargado de ver su jurisdicción y competencia²⁹.

La Secretaría General se encargará de hacer un *screening* para verificar que se trate de un arbitraje CIADI y que cumpla con los requisitos exigidos por el Convenio.

d. Noción de inversión en CIADI

Uno de los problemas de los arbitrajes de inversión es la definición de la misma, ya que ha sido absorbida por el consentimiento de partes. Esto quiere decir que al no haber un concepto de inversión en CIADI se utiliza el que se proporcione en los TBI. Normalmente en los contratos que se hacen con los distintos Estados tienen una cláusula arbitral que derivará a CIADI, siempre y cuando tenga relación directa con una inversión, conforme al tratado bilateral invocado y el Convenio CIADI.

En párrafos anteriores se indicó que los TBI no proporcionan un criterio preciso o las características de la inversión, sino que se trata de un concepto bastante general y algunas veces ambiguo. Esto nos pone ante la presencia de una lista de bienes y derechos, donde se mezclan los bienes muebles e inmuebles y otros derechos

²⁹ De acuerdo al reglamento CIADI

reales, acciones, obligaciones, créditos y derechos con prestaciones que tiene un valor económico, derechos intelectuales y concesiones³⁰.

Para que pueda existir el arbitraje se necesita como primera prueba que el acto que da como inicio sea una inversión, para que así llegue a CIADI, sin embargo, algunas veces se toma en cuenta el sentido literal del TBI y otras solamente se hace referencia al factor común de la enumeración que se pueda hacer en el tratado.

Un claro ejemplo es el caso *Mihaly vs El Sri Lanka*, el cual se desarrollará con mayor detenimiento más adelante, donde el Tribunal no estimó que los gastos que se realizaron en el curso de las negociaciones infructuosas, pertenecían a la definición de inversión que se encontraba en el tratado. Además según el Tribunal el Estado no tenía una decisión firme respecto de la obra, por lo tanto no se había consentido los gastos previos que realizaron.

Recientemente se ha adoptado la postura de tener en cuenta la definición del TBI combinada con la de Convenio CIADI³¹, para así de alguna manera lograr una pequeña unificación de criterios para el término “inversión”.

Un ejemplo *Kaiser Bauxite vs Jamaica*, donde el Tribunal da una importancia particular al consentimiento de las partes en la determinación de la competencia del centro, pero comprueba también que la operación en el origen del litigio forma parte de aquellas contempladas en el Convenio.³²

El Convenio CIADI no contempla una definición de inversión, sin embargo ello es una omisión intencional, es decir que deja el concepto abierto debido a la literatura

³⁰ SANTISTEVAN DE NORIEGA JORGE, “Revista peruana de arbitraje Nº5”, *La Noción De Inversión: ¿Hacia Una Restricción De La Competencia Del CIADI?*, 2007, pp. 152 y ss

³¹ *Ibidem*

económica variada. En un inicio se trató de dar una definición y una genérica que fue aceptada fue: “Cualquier contribución de dinero u otros activos de valor económico para una inversión (...) de nos menos de cinco años³³”, sin embargo esta también causo problemas ya que se corría el riesgo de excluir nuevas formas de actividad económica.

Para algunos la ausencia del concepto no era un problema ya que la lógica decía que si el Estado consentía someter a arbitraje presuponía una aceptación de la existencia de una inversión.

Como requisito de jurisdicción del CIADI se tiene que la controversia debe haber surgido de una inversión.

La naturaleza amplia de la definición de inversión ha sido confirmada por varios laudos, algunos ejemplos como el caso *Pope & Talbot* donde se determinó que el acceso al mercado de EEUU del reclamante cumplía con resto de inversión para el artículo 1139 del TLCAN que alude a bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales.³⁴ Así también esta el caso *SD mayers vs Canadá y Methanex vs EEUU*. En *Fireman’s Fund* se determinó que deuda para inyectar capital a un banco mexicano era inversión. Habiendo revisado varios tratados de inversión se puede observar que no hay un texto que pueda utilizarse de manera general, por lo que la conclusión es que es meramente casuista.

CIADI maneja cinco criterios para considerar que existe una inversión que por el momento solo se mencionaran y son:

a. Duración

³³ GONZALES DE COSSIO, Francisco; “*Arbitraje de Inversión*”, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 2009, pp. 87 y ss.

³⁴ *Ibíd.*

- b.** Que genere ganancias regulares
- c.** Riesgo
- d.** Compromiso importante de capital
- e.** Contribución al desarrollo económico del Estado anfitrión.

Todo lo mencionado demuestra que el concepto de inversión no está unificado, que tanto los TBI como el propio CIADI manejan conceptos distintos e incluso el enfoque a las inversiones es diferente, por lo que resulta importante manejar los puntos de vista para poder realizar un análisis adecuado a la realidad.

SEGUNDO CAPITULO:

INVESTIGACIÓN JURÍDICA

TÍTULO PRIMERO: LA PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES

Como se ha mencionado en párrafos anteriores, el arbitraje de inversiones es el resultado de una evolución lenta, la cual se ha marcado por dos tesis³⁵ concretas la del trato nacional y la del estándar mínimo internacional. La primera postula que el inversionista extranjero debe quedar sometido a las mismas reglas que implican al inversionista nacional, es decir al derecho nacional y toda controversia será resuelta por los Tribunales locales, mientras que la otra tesis postula que el inversor extranjero debe quedar sometido a garantías derivadas del Derecho Internacional, negando así el uso del derecho nacional.

A continuación se analizará el recorrido de figuras jurídicas que permiten realizar una especie de línea en el tiempo/espacio jurídico sobre la confianza legítima o legítima expectativa.

1. FIGURAS JURÍDICAS

A. La protección diplomática

Es el procedimiento³⁶ que emplea el Estado de la nacionalidad de la persona lesionada para garantizar la protección de esa persona y obtener una reparación

³⁵ HERNANDEZ G. JOSE IGNACIO, Revista Internacional de Arbitraje Nº 24, “El arbitraje internacional de inversiones desde el derecho administrativo global”, 2016, pp 125 - 185

³⁶ AÑOVEROS TRIAS DE BES JULIO, “La protección diplomática”, ID VLEX: VLEX-278002, Fecha: 15.03.2017. En https://app.vlex.com/#WW/search/*/La+protecci%C3%B3n+diplom%C3%A1tica/WW/vid/278002

del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito asumiendo como propia la causa de su nacional lesionado.

El Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática mas no tiene la obligación de hacerlo, ya que el derecho internacional no impone esa obligación y además subrayar que el sujeto privado es extraño al derecho internacional.

El inversionista extranjero puede actuar contra el Estado receptor de las inversiones, en el marco del ordenamiento jurídico regulador de las relaciones internas. Es decir con la conducta antes descrita encaja en el derecho administrativo o civil, sin embargo la posición de ambos no estará a la misma altura o posición, por así decirlo, sino que el Estado receptor podría ser más favorecido.

Es por esto que tradicionalmente la protección del inversionista se encomendaba al Estado de origen, a través de la denominada “protección diplomática” en el derecho internacional público.

Según *Diez Velazco*³⁷ la protección diplomática es aquella actividad desarrollada por un Estado frente a otro Estado, en ejercicio de la protección de los derechos de un súbdito suyo frente al otro. Aunque participan de los caracteres de dicha protección, la voluntad unilateral del estado de nacionalidad del inversor y la ausencia de un derecho del particular inversor frente al estado receptor de la inversión. Se trata más de un derecho del Estado de nacionalidad del inversionista que del propio inversionista, es decir que prima el Estado frente a la persona propia de ese Estado.

³⁷ GRIÑO MIGUEL, “Arbitraje de inversiones. Concepto y evolución. Una breve introducción al tema”, *“El arbitraje internacional. Cuestiones de actualidad”*, JM Bosh Editor, Barcelona, 2009,. Pp 6. Id vLex: VLEZ-57740213 En: https://app.vlex.com/#WW/search/*/Arbitraje+de+inversiones.+Concepto+y+evoluci%C3%B3n.+Una+brev e+introducci%C3%B3n+al+tema/WW/vid/57740213

La sentencia dictada por el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya en el caso de *Barcelona Traction* afirma que “un Estado puede ejercer su protección diplomática por los medios y en la medida que estime apropiados, ya que es su derecho propio el que alega. Si las personas físicas o morales por cuenta de las cuales actúa estiman que sus derechos no están suficientemente protegidos, se encuentran sin recurso en Derecho Internacional.”

Una acotación en contra de la protección diplomática es que por la serie de presupuestos que necesita se hace difícil o se cuestiona su efectividad, porque para algunos es un medio residual utilizado en defecto de otros sistemas que han sido esgrimidos con anterioridad por el inversor y que hayan fracasado. Además que exige una voluntad inequívoca donde el propio Estado es libre en decidir sobre la protección en sí misma.

B. EL ESTOPPEL

Es una figura que tiene sus inicios en el derecho inglés o británico muy similar al principio de “Actos Propios”. Se puede expresar de la siguiente manera “*nadie puede venir contra sus propios actos*”³⁸. Se le conoce también como aquella doctrina según la cual, dentro de un proceso, una persona está impedida para hacer una alegación – aunque sea cierta – que este en contradicción con el sentido objetivo de su anterior declaración o de su anterior conducta.

Los requisitos³⁹ para la aplicación de éste son:

³⁸ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, LUIS, “*La Doctrina de los Actos Propios*” – *Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Aranzadi SA, Segunda Edición, 2014, Pp.125 y ss.

³⁹ CASTILLO FREYRE, MARIO; “*La Teoría de los Actos Propios*”, Editorial Palestra, Primera Edición, Perú, 2006, Pp.40.

- i. Uno de ellos consiste en que un sujeto debe dar por cierto un determinado estado de cosas.
- ii. Luego es que ese estado de cosas de ser claro, no ser ambiguo. La afirmación debe ser univoca a fin de que no sea susceptible de diversas interpretaciones.
- iii. Que ese estado de cosas afirmado debe presentarse como existente en el presente o en el pasado pero nunca en el futuro.
- iv. Finalmente el Estoppel se produce en favor del sujeto que ha confiado en ese estado de cosas afirmado.

Una vez que se ha configurado el Estoppel se puede observar cuatro características⁴⁰ fundamentales.

- ❖ **La apariencia jurídica**, teniendo como núcleo del mismo la confianza depositada en esa apariencia jurídica y la buena fe derivada de la confianza suscitada. Es decir busca proteger a quien confió en la apariencia jurídica de un acto, en la representación e impedir que el autor de la conducta contradictoria se beneficie.
- ❖ **La eficacia procesal**, esto quiere decir que debe ser utilizado en el proceso, ya que su eficacia se hará valer durante la sustanciación del proceso, pero la contradicción que dará motivo a la utilización del Estoppel podrá haber ocurrido no solo en las actuaciones judiciales sino también con relación a actos y conductas extraprocesales.
- ❖ **Como medio de defensa**, es como un escudo, es decir un medio de defensa que solo es a instancia de parte, jamás de oficio por

⁴⁰ BORDA ALEJANDRO, *“La Teoría de los Actos Propios”*, Editorial Lexis Nevis, Argentina, Cuarta Edición, 2005, Pp. 31 – 34.

el Tribunal. Esta medida es general, es decir no solo la puede usar el accionado frente a la demanda sino también el propio demandado para excepcionar.

- ❖ **La Reciprocidad**, está muy relacionado al punto anterior donde se menciona que cualquiera de las partes puede invocarla, mas nunca por terceros, es decir no lo pueden oponer y tampoco se les puede hacer opuesto a ellos.

El Estoppel no solo es una figura que te pide ciertos requisitos o que tiene ciertas características propias sino también existen clases⁴¹ y que se hará mención de ellas para una mejor comprensión.

- a. **Estoppel by record:** es muy parecido a lo que se conoce como “cosa juzgada⁴²”. Se alude claramente a lo que esta públicamente registrado, según Puig Brutao, aunque también se incluye la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones judiciales, es decir una prohibición de ir contra los propios actos, pues se trataba de impedir a una de las partes que desconociera la situación que ella misma había creado o contribuido a crear. Las controversias en general no son susceptibles de ser reabiertas, por lo que se busca evitar una sucesión indefinida de pleitos.
- b. **Estoppel by deed:** se relaciona con la veracidad que se desprende de una escritura o documento público. Lo que dicen los documentos solemnes luego no se puede contradecir. Es decir quien hace su manifestación de voluntad no puede discutir la veracidad de lo declarado.

⁴¹ CASTILLO FREYRE, MARIO; “*La Teoría de los Actos Propios*”, Editorial Palestra, Primera Edición, Perú, 2006, Pp.40 - 47

⁴² Entendida como un fundamento de seguridad jurídica, respecto a la inmutabilidad de las resoluciones jurídicas firmes en los términos establecidos por el artículo 123 del Código Procesal Civil del Perú.

- c. **Estoppel by fact in país:** es la imposibilidad de negar posteriormente o discutir – en juicio – el título del adversario o su derecho, que ha sido reconocido previamente. Este es el más parecido a la teoría de actos propios, sin embargo ambas figuras no pueden ser asimilables, ya que en el Estoppel responde sobre todo una apariencia jurídica mientras que en los actos propios como se verá más adelante se trata de un comportamiento incoherente que puede ser alegado en la acción y no solo puesto como defensa. Aquí se puede encontrar como los casos más significativos de esta clase son el **Tenacy**, que es el acto por el cual un sujeto otorga a otro la posesión respecto de una cosa determinada. Ninguna de las partes podrá discutir el título jurídico que tiene debido a la relación jurídica que ambas partes han contribuido a tener. Otro es el **Bailment** que es todo aquel acto de entrega material de bienes muebles hecha por una persona a otro con cierto tiempo y con fundamento en un contrato que impone la obligación de restitución, es decir comprende los actos de mera tenencia. Finalmente está el **Patentes** el cual es un stoppel recíproco entre cedente y cesionario que presupone un contrato de concesión celebrado entre el titular del invento y el concesionario de la licencia para su explotación.
- d. **Estoppel by representation:** la idea fundamental es que cualquier que haya podido ser la intención verdadera de una persona, ésta queda vinculada por la apariencia que el sentido objetivo de su conducta ocasiono en otra, y que existe el deber tener en cuenta las representaciones que nuestros actos puedan causar en los demás.
- e. **Estoppel by acquiescence:** en esta figura el silencio o la actitud pasiva tienen la mayor importancia cuando existe el deber de hablar o de actuar. La representación puede ser originada por conductas o por

palabras incluso la inacción puede ser porque es fuente d una representación. Para que se entienda mejor significa que ésta nace de la obligatoriedad que un sujeto tenia para hablar pero al no hacerlo hace una violación de la buena fe.

- f. **Lauches:** que se produce cuando la manifestación de la verdadera situación jurídica o el ejercicio del derecho por parte de su titular se realiza con un negligente retraso que razonablemente se puede interpretar como un tácito asentimiento a la situación creada y consiguientemente a la ausencia de ejercicio del derecho.

Un ejemplo donde fue utilizado el Estoppel es en el caso⁴³ “Lever” del año 1971 al cual se le vinculó con las legítimas expectativas, éstas habían tenido su origen en el comportamiento administrativo. La empresa había obtenido un permiso de construcción de viviendas y cuando más adelante necesitó modificar un plan, pero un funcionario le manifestó que no necesitaba ninguno por ello prosiguió con la construcción. Debido a quejas de los vecinos se recomendó tener una nueva licencia que en su momento fue denegada. Al final le dieron la razón porque la empresa estuvo confiada en la autoridad que en su momento le dijo que no era necesario un nuevo permiso.

La legítima expectativa ingresa al Reino Unido a través del reconocimiento a los administrados sobre el derecho a una audiencia previa a la adopción de una medida administrativa las que se denominaron *procedural expectations*, asimismo se planteó que también fueran protegidas cuando la administración establece un criterio para la aplicación de determinada

⁴³ JORGE COVIELLO, PEDRO JOSE, “La Protección de la confianza del administrado”, Lexisnexis Argentina SA, Argentina, 2004, 1ra Edición, pp 150

política, en la que el administrado ha confiado y luego es modificada, a esto se le denomina *substantive legitimate expectations*.

C. ACTOS PROPIOS:

Para *Alejandro Borda*⁴⁴, la Teoría de Actos Propios, constituye una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto. Castillo Freyre⁴⁵ afirma de igual forma que la Teoría de Actos Propios es una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, impuesta por el deber de un comportamiento coherente con la conducta anterior del sujeto que suscita en otro una fundada confianza.

Entonces se puede afirmar, a través de los dos autores antes mencionados que, la teoría de actos propios tiene la característica de defender que no existan conductas contradictorias entre lo dicho en un primer momento y actuado posteriormente

Para entender mejor se hará la mención de lo que trata el Principio de Buena Fe. Para *Diez Picazo*⁴⁶ es aquella norma que impone a las personas el deber de comportarse de buena fe en el tráfico jurídico, ajustando su comportamiento al ideal de conducta social reclamada por la idea ética imperante y saca tres consecuencias, sin embargo para el caso en particular que se analiza en esta investigación se tomará en cuenta la siguiente:

⁴⁴ BORDA ALEJANDRO, *“La Teoría de los Actos Propios”*, Editorial Lexis Nevis, Argentina, Cuarta Edición, 2005, Pp. 53-56

⁴⁵ CASTILLO FREYRE, MARIO; *“La Teoría de los Actos Propios”*, Editorial Palestra, Primera Edición, Perú, 2006, Pp.61-63

⁴⁶ DIEZ PICAZO PONCE DE LEON, LUIS, *“La doctrina de los actos propios”*, Editorial Aranzadi SA, Segunda Edición, España, Mayo 2014, Pp. 200-203

- ✓ Las consecuencias o derivaciones inmediatas del principio general de buena fe, construidas doctrinal o jurisprudencialmente, en torno a particulares situaciones de intereses, tienen el mismo valor y el mismo alcance del principio que dimanar y en que inmediatamente se fundan.

Se considera que es importante para la investigación y análisis de la legítima expectativa porque se analizará la conducta primera y la conducta contradictoria.

Es por ello que se debe prestar atención a la coherencia del comportamiento⁴⁷ y la relación con el principio de buena fe. Cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforma a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella. El comportamiento coherente está de manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza.

Es importante resaltar que la confianza suscitada por los actos que impone una coherencia lógica al comportamiento del autor, no es solo la confianza en una “*apariencia iuris*”, sino que el creador de una apariencia jurídica está obligado por la buena fe, a permitir que los terceros que confiaron en esa apariencia, la utilicen para sus propios fines y no pueda destruirla o pretender su ineficacia en daño a ellos.

⁴⁷ Ibidem

Volviendo al tema de la Teoría de los Actos Propios se tiene que los presupuestos⁴⁸ son tres:

a. Una conducta vinculante.

La conducta debe ser relevante para el Derecho, es decir no sólo se excluyen todas las conductas jurídicamente intrascendentes sino también aquellas que requieran imperativamente una forma determinada que por hipótesis esté ausente. Dicho de otra manera se tendrá en cuenta las conductas ejecutadas dentro de una situación jurídica, es decir, que repercutan en ella, susciten la confianza de un tercero o que revelen una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a esa relación jurídica.

Esta conducta debe ser válida y eficaz, con esto no se trata de la juridicidad o la antijuridicidad, sino que reúna todos los requisitos como conducta en sí misma, más allá del juicio valorativo que se haga de ella. En otras palabras cuando una actuación voluntaria crea o reconoce algún derecho a favor de un tercero, surge una relación jurídica entre éste y el agente que no puede ser arbitrariamente destruida o desconocida por actos posteriores.

En tercer término la conducta debe presentarse en una misma situación jurídica, la cual afecta a una esfera de intereses. Es decir que sólo es posible tomar como vinculante una conducta que objetivamente pueda suscitar en el adversario la confianza que ésta sea un indicio de una actitud frente a esta situación jurídica.

⁴⁸ CASTILLO FREYRE, MARIO; *“La Teoría de los Actos Propios”*, Editorial Palestra, Primera Edición, Perú, 2006, Pp.81-106

En cuarto término tenemos que la primera conducta debe ser anterior a la conducta contradictoria. Sin embargo es necesario recalcar que si hubiera inmediatez entre las conductas no serían aplicable los actos propios, ya que es necesario que se produzca una creencia determinada y que se pretenda volver contra esta primera conducta, vulnerándose así la buena fe nacida de tal creencia.

Finalmente si hubiera un error en la primera conducta si se podría impugnar, es decir cuando es el resultado de una ausencia de conocimiento o de un conocimiento equivocado en la formación de la voluntad y conlleva a que el declarante incurra en error. Si fuera el caso en que la otra parte conociendo el error de la primera y no se comunica y por el contrario se aprovecha del mismo no se puede hablar de una confianza suscitada objetivamente y de buena fe.

b. Una pretensión contradictoria.

Se toma en cuenta dos matices, el primero es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto y el segundo matiz es que este acto importa ejercer una pretensión. Esta pretensión es lícita pero resulta inadmisibles por ser contraria a la primera.

Lo relevante de esta conducta posterior es que significa ejercer una pretensión contradictoria respecto a la conducta vinculante, constituyendo de por sí el ejercicio de un derecho subjetivo y como tal lícito y merecedor de tutela. Esta pretensión es independiente de la posición del litigante que asume en el proceso.

Finalmente se debe precisar que cuando se usa la teoría de actos propios afecta una cuestión de intereses que pueden ser divididos en dos dimensiones, la primera constituida por el conflicto entre los

diferentes intereses de quien ha recibido ambos actos y que ha confiado en el primero y quien emite ambos actos mediante una conducta contradictoria. En la segunda dimensión se puede distinguir los intereses contrapuestos, es decir está dado entre los propios intereses del sujeto emisor, teniendo actos visibles o contradictorios que persiguen intereses contrapuestos.

c. Identidad de sujetos.

Tenemos la existencia de dos sujetos identificables que son el activo, quien promueve la pretensión y quien asumió anteriormente la conducta que luego se contradice y el sujeto pasivo es contra quien se dirige la pretensión y es quien debe oponer la defensa.

Tanto las personas físicas como las jurídicas son capaces de ocupar los lugares de sujeto activo o pasivo⁴⁹. A pesar de ser un requisito sencillo puede presentarse dos supuestos como es el caso de una sucesión como el de presentación, que para esta investigación no se hará mención de ninguna de las excepciones.

D. CONFIANZA LEGÍTIMA:

La confianza legítima es un principio el cual significa que las expectativas que la administración pública ha generado con sus actuaciones deben ser respetadas en el futuro de acuerdo con los principios de congruencia y coherencia, salvo que se justifique en concreto con argumentos razonables la necesidad de proceder de otra manera.

⁴⁹ BORDA ALEJANDRO, *“La Teoría de los Actos Propios”*, Editorial Lexis Nevis, Argentina, Cuarta Edición, 2005, Pp. 85-86

Este principio es también entendido como legítima expectativa, la cual constituye una extrapolación del “principio de la confianza” del derecho privado alemán, como resultado de la búsqueda de nuevas fórmulas y soluciones justas y equitativas.

Por ejemplo *Joser Esser*⁵⁰ sostiene que “es un principio instructivo que sirve para la formación de nuevas normas judiciales en el cambio de tráfico jurídico”.

Este principio se vinculó con la seguridad jurídica y el respeto a los derechos adquiridos, para algunos autores incluso es la propia seguridad jurídica pero vista del ángulo del particular. Con los derechos adquiridos adquiere contornos menos definidos y hasta en ciertos casos se los ha utilizado como sinónimos.

Este principio se puede incluso traducir en que las Administraciones Públicas no pueden constituir o reconocer situaciones jurídicas o generarlas y variarlas unilateralmente con la pérdida de la confianza generada.

Los principios de una buena administración pública destacan, los de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Para poder ahondar en la seguridad jurídica⁵¹ debemos entender como el principio básico del Estado de Derecho, que da al tráfico jurídico un ambiente de estabilidad, certeza y previsibilidad que facilita la convivencia armónica. Es un principio que exige que las normas sean claras, justamente para que se sepa a qué atenerse.

En palabras sencillas se entiende que si el Ejecutivo o Estado asumen, expresa o tiene comportamientos determinados entonces la empresa o

⁵⁰ JORGE COVIELLO, PEDRO JOSE, “La Protección de la confianza del administrado”, Lexisnexus Argentina SA, Argentina, 2004, 1ra Edición, pp 41

⁵¹ RODRIGUEZ ARANA, Jaime; El principio general del Derecho de Confianza Legítima, Universidad de Guanajuato, Año 01, Num 04, pp.59 y ss.

particular entenderá que la actitud es consecuente con lo que se quiere⁵². Este principio se relaciona con el principio de buena fe y el de seguridad jurídica como veremos más adelante.

I. Perspectiva filosófica de la legítima expectativa

También llamada confianza legítima es un principio general del derecho y la seguridad jurídica es el valor que le da sustento directo.

a. Niklas Luhmann

Para este autor la confianza se basa en la ilusión. Sostiene que la confianza es escasamente posible sin información previa, porque rebasa la información, se apoya en el que confía estando ya en *au fait* con ciertos rasgos generales informados ya, aun cuando incompleta o incierta. Además que las claves que se pueden emplear no reducen el riesgo sino solamente lo reducen. Este autor consideró que el riesgo disminuía en los sistemas sociales simples, mientras que en los más complejos la confianza y la ley se encuentran separadas.

Es necesario destacar que este estudio es más de carácter sociológico más no jurídico, es decir tiene un carácter sobre todo ético. Sin embargo dice algo que para el autor es evidente que la institución es la consecuencia de la evolución del derecho cuyo cimiento es ético.

b. Karl Larenz

Este autor edifica su pensamiento a partir de los principios que subyacen en el ordenamiento jurídico positivo y de los cuales se extraen los indicadores de derecho justo. Para este autor la seguridad jurídica, entendida como la certidumbre de que se puede contar con

⁵² JORGE COVIELLO, PEDRO JOSE, "La Protección de la confianza del administrado", Lexisnexus Argentina SA, Argentina, 2004, 1ra Edición, pp. 145 y ss

las reglas de derecho, con su igual aplicación y en determinado supuestos creados o calificados por el derecho como los derechos adquiridos y la protección de los Tribunales, se relaciona con la paz jurídica, entendida como la idea avanzada del señorío de derecho en las relaciones entre los hombres.

Ahora bien el fin último para el autor no son las expectativas particulares, que el derecho protege sino la paz jurídica en su totalidad, un estado que es la precisa contraposición del estado de naturaleza descrito por Hobbes. La paz efectiva solo predomina donde cada uno puede confiar en que los Tribunales o los que detentan el poder reconocerán su derecho.

2. TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN (TBI)

Un TBI es un acuerdo entre dos países para proteger la seguridad jurídica de los inversores. suelen incluir una serie de disposiciones estándar como el trato nacional (dar el mismo trato a los inversores nacionales y a los extranjeros), el trato de nación más favorecida (dar a los inversores de un país el mismo trato que a los del país que tenga unas condiciones de inversión más favorable), el trato justo y equitativo (cláusula muy genérica que impide cometer agravios contra inversores), restricciones sobre la expropiación, tanto directa como indirecta (resultado de cambios en la legislación), restricciones a los requisitos de contenido nacional (por la que se impide la obligación de consumir productos nacionales o contratar personal nacional) o la libre transferencia de fondos (permite repatriar todos los fondos relacionados con las inversiones) entre otras.

A. Elementos del TBI⁵³

- a. Definición del ámbito de aplicación del Tratado, a través de los conceptos de inversor e inversionista. Esto es importante ya que el tratado solo aplicará para aquellos que se consideren inversionistas.
- b. Otro elemento importante es el reconocimiento de estándares de protección del inversor frente a la actividad del Estado sede. La idea central es que el TBI garantice que el que sea considerado inversor estará protegido y se respetarán los estándares, los cuales limitan la actividad administrativa del Estado.
- c. Debe indicar las reglas adjetivas de solución de las controversias que puedan presentarse entre el Estado y el inversor, incluyendo el arbitraje.

B. Noción de inversión protegida por un tratado⁵⁴

Cada tratado usualmente tiene una definición de lo que constituye una inversión protegida por el mismo. Sin embargo las definiciones son amplias y se refieren a cualquier tipo de activo o cualquier tipo de inversión en el territorio, para luego añadir una lista de ejemplos específicos.

La definición de inversión ha sido confirmada por Tribunales arbitrales en procedimientos bajo los TBI, pero todo depende del tratado, no es una cuestión universal.

Por ejemplo en el caso de *Mihaly vs Sri Lanka* el Tribunal consideró que los gastos incurridos para responder a una oferta de un contrato público, incluyendo las sumas desembolsadas por concepto de los estudios financieros y económicos necesarios para la negociación y conclusión del contrato, no

⁵³ HERNANDEZ G. JOSE IGNACIO, "El arbitraje internacional de inversiones desde el derecho administrativo global", *"Revista Internacional de Arbitraje N° 24"*, 2006, Colombia, pp. 125-185

⁵⁴ BLACKABY NIGEL, "El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina", *"Revista Internacional de Arbitraje N° 1, (2004)"*, pp 22

constituían una inversión bajo el TBI aplicable. El Tribunal le dio gran importancia al hecho de que el Estado demandado se preocupó por señalar en repetidas oportunidades durante la negociación que estas no creaban ningún tipo de derechos u obligaciones entre la partes y en consecuencia no había adquirido ningún tipo de activo derecho o interés que pudiera caer en la noción de inversión.

Ahora bien los TBI son innovadores, reconoce la protección efectiva a la inversión que debe ser por parte del inversionista y ser independiente de la acción de los estados, es por ello que se incorpora un mecanismo que permite resolver de manera vinculante las disputas entre los inversionistas y los Estados receptores.

Cuando se toma en cuenta un tratado debe percatarse y prestar atención a las provisiones que definen por ejemplo nacionalidad, localización, etc., persona o la entidad donde habiendo realizado la inversión se tenga que recurrir a la protección del tratado.

C. Los TBI y el Arbitraje de Inversiones

La principal razón de existencia de los tratados bilaterales de inversión es la protección de los inversores nacionales de uno de los países signatarios en lo que se refiere a sus inversiones en el territorio del otro país signatario.

En este sentido cualquier violación de lo acordado en el tratado es considerada una violación de derecho internacional, en virtud del principio *pacta sunt servanda*⁵⁵. En consecuencia cualquier conflicto surgido de la

⁵⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Sección Primera, Observancia de los tratados, 26. “*Pacta sunt servanda*”: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

inversión efectuada tiene una protección especial, brindada por el tratado, de modo que el inversor es protegido doblemente⁵⁶:

a) El Estado, del cual es nacional, tiene un vínculo jurídico internacional con el Estado en donde ha efectuado su inversión, razón por la cual en caso de conflicto, el inversor puede requerir la asistencia de su propio Estado.

b) Asimismo esta clase de tratados abre la posibilidad de dirimir conflictos entre un particular y un Estado, situación que resulta imposible o al menos sumamente complicada fuera del marco de esta clase de convenios.

El arbitraje basado en tratados se caracteriza por estar bajo un conjunto de estándares o reglas que limitan la conducta del Estado. Esta relación permite al inversor formular reclamos directos ante el Estado, de lo cual resulta que este arbitraje sea una relación directa entre ambos. Otra consecuencia de ello es que las controversias que puedan darse son sustraídas del foro doméstico, es decir no serán resueltas por el Poder Judicial del Estado sede.

Los TBI tienen como propósitos visibles a) Ofrecer protección legal a los inversores y b) Fomentar el flujo de inversiones a nivel internacional. Es necesario señalar que existen países que han desarrollado programas de tratados bilaterales de inversión que han contribuido a su difusión, a su fortalecimiento internacional, especialmente aquellos con intereses de inversión en países en desarrollo⁵⁷.

Un punto importante es que este arbitraje permite la defensa de los estándares de protección del inversor y permite el control del Estado sede y de su

⁵⁶ ARSEN B.R. PATRICIA, *"Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos"*, Editorial Astrea, Argentina, 2003 Pp. 1-43, En: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/anexo10-tratadosbilateralesdeinversion.pdf>

⁵⁷ Ibidem

administración, es decir se convierte en un control jurisdiccional externo que garantiza el cumplimiento de las normas acordadas.

Finalmente se considera un atípico del Derecho Internacional, pues no es una relación entre Estados, sino entre un inversor y Estado originada en actuaciones propias del derecho administrativo.

Todas las particularidades derivan de las partes y de la materia del arbitraje, es por ello que de alguna manera se justifica ampliar la visión para incluir a los principios generales de Derecho Administrativo dentro de las fuentes del arbitraje, ya que ambos se conectan y realza el rol que el arbitraje debe cumplir en el control de la administración y por ende en la promoción del Estado de Derecho y la gobernanza democrática en el espacio global.

3. RELACIÓN ARBITRAJE Y DERECHO ADMINISTRATIVO

En párrafos anteriores se ha considerado la facilidad procesal del arbitraje, incluso se dijo que éste no es parte del proceso ordinario del derecho, o incluso que es una rama dependiente de algo o alguien, que se caracteriza por ser un medio libre de resolución de conflictos, sin embargo cuando hablamos de arbitraje de inversiones, y por razones antes expuestas, no podemos dejar de mencionar al derecho administrativo global.

En capítulos anteriores se ha visto al arbitraje tanto su definición como sus alcances, asimismo se hizo la mención correspondiente al kompetenz-kompetenz, por el cual se sabe que el arbitraje puede tratar asuntos de orden público. Al tratar las inversiones, se puede distinguir que un Tribunal arbitral puede declarar nulidad relativa o absoluta de

un acto administrativo, sin embargo deben ser muy cuidadosos en no incurrir en excesos a la hora de controlar estos actos administrativos.⁵⁸

La relación entre el arbitraje y el derecho administrativo dota de un marco conceptual específico que considera las semejanzas existentes con la jurisdicción contencioso – administrativo. Asimismo integra a la interpretación de los Acuerdos Internacionales de Inversión los principios generales del derecho administrativo permitiendo así un mayor diálogo entre ambas ramas del derecho. Esto último podría incluso darle una mayor robustez conceptual y de legitimidad al arbitraje y podría impulsar a la administración local o doméstica a respetar los estándares de protección.

La responsabilidad del Estado por su actuación legítima lleva a la teoría de la indemnización. Ésta procede respecto de las intervenciones conforme a derecho que permiten responsabilizar al Estado con prescindencia de la noción de culpa.

La obligación de reparar tiene como fundamento el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño, desigualdad que requiere una justa restitución que, si bien se gradúa de un modo distinto según que provenga de la actuación legítima o ilegítima del Estado, responde a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio.⁵⁹

Finalmente se tiene una figura llamada “*Rescate*”, propia del Estado, que constituye una especie dentro de los supuestos de extinción unilateral de los contratos administrativos por razón de interés público, pero particularmente aplicable a ciertos contratos de

⁵⁸ DIAZ-CANDIA HERNANDO, “*El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje*”, Editorial Aranzandi, Primera Edición, España, 2011, Pp. 147-150

⁵⁹ CASSAGNE JUAN CARLOS, “*Derecho Administrativo – Tomo I*”, Palestra Editores, Lima, 2010, Pp- 457-470

colaboración en que la actividad que es objeto del contrato puede ser reasumida por el Estado⁶⁰. Tres elementos resaltan en la definición que son:

Primero, la decisión unilateral del Estado conforme a derecho, permite adoptar a la autoridad una acción ejecutoria resolutive del contrato sin mediar sustento en la culpa imputable al concesionario o al propio concedente.

Segundo, la justificación de la decisión se funda en razones de oportunidad, mérito o conveniencia apreciadas discrecionalmente por el concedente. Éste último realiza una ponderación de intereses entre las nuevas necesidades, que aprecia la autoridad y el interés de mantener la concesión bajo determinadas características, de modo que decidirá el rescate de la concesión.

Tercero, la finalidad estatal es reasumir la gestión o ejecución directa del servicio o explotación de la obra concesionada, por ende ambas proseguirán atendiendo la necesidad de la colectividad, pero reincorporadas al ámbito del Estado.

Finalmente los efectos de esta modalidad son que excluye la posibilidad de aplicarla en situación distinta al objetivo de reasumir para sí la actividad, es decir si el Estado buscara dar la concesión a otro concesionario o simplemente quitar una actividad lucrativa al concesionario no es aplicable. En este caso un árbitro tendrá que analizar los motivos de la decisión para establecer si ha sido o no arbitrario, esto es, si ha existido o no desviación del poder.

En esta primera parte del segundo capítulo se ha podido estudiar las figuras jurídicas propias de la protección a las inversiones e incluso se ha mencionado la relación con el derecho administrativo, claro está que no solo interactúa con esta rama del derecho pero por la materia de investigación es que se ha examinado con mayor detenimiento.

⁶⁰ MORON URBINA, JUAN CARLOS, *“La Contratación Estatal”*, Gaceta Jurídica, Lima, 2016.Pp. 691-717.

TITULO SEGUNDO: ANÁLISIS DE LAUDOS ARBITRALES.

Finalmente es preciso exponer los casos emblemáticos para el análisis respectivo en el cual se comprobará la necesidad de un concepto general y las contradicciones por la falta del mismo.

1. ANÁLISIS JURÍDICO

A. Caso Mihaly vs Sri Lanka – Caso N° ARB/00/2⁶¹

El proceso comenzó el 29 de julio de 1999, la empresa Mihaly International Corporation (en adelante Mihaly o demandante), constituida bajo las leyes de Estados Unidos de América, contra la República Democrática Socialista de Sri Lanka (en adelante Sri Lanka o demandada), esto de acuerdo al TBI firmado el 20 de setiembre de 1991 entre ambos estados.

Sri Lanka, la demandada, presentó objeciones respecto a la jurisdicción, sobre la *ratio personae*⁶² y *ratio materiae*⁶³.

Un primer problema es que Sri Lanka sostuvo que la empresa que la demandaba era canadiense y no estadounidense. Canadá no es miembro del Convenio CIADI, por lo que no sería posible un arbitraje de este tipo. Esta afirmación se basa en el artículo 25 inc. 2 del Convenio el cual no ha quedado satisfecho.

Ante esto la parte demandante sostuvo que Mihaly International Corporation ha sido creada bajo las leyes de California – Estados Unidos y ésta es la que ha iniciado

⁶¹ Traducción hecha por el autor.

⁶² Ratio personae: una de las partes en el arbitraje debe ser parte del CIADI y la otra un nacional de otro Estado parte. El inversionista debe contar con la nacionalidad de un Estado que sea parte del Convenio.

⁶³ Ratio materiae: que la controversia sea legal y que derive de una inversión

el procedimiento a nombre propio y que más bien la empresa socia de ésta es canadiense, basándose en teorías de asociación⁶⁴ y de asignación⁶⁵.

Sri Lanka rechazó el vínculo entre Mihaly EEUU y Mihaly Canadá. En sus argumentos sostuvieron que para la teoría de asociación faltaban pruebas y para el caso de asignación, por motivos de negociaciones con Mihaly Canadá se impidió cualquier tipo de asignación por parte de Sri Lanka hacia Mihaly EEUU, es decir no tienen conocimiento firme uno del otro en ninguna de las fases. Ni en las negociaciones ni en cualquier parte de los arreglos, incluso ningún tipo de consentimiento escrito por parte de las partes para que se someta alguna diferencia a arbitraje CIADI.

El Tribunal sostiene que si bien Mihaly EEUU y Canadá no tienen una personalidad jurídica independiente, tampoco es que hayan adquirido la nacionalidad dual o conjunta. Asimismo una asociación internacional no suma ni resta a la capacidad que tiene el demandante, en este caso Mihaly EEUU, para presentar una demanda en caso se haya vulnerado algún derecho con el proyecto de energía propuesto por Sri Lanka.

En otras palabras el Tribunal considera que Mihaly EEUU tiene derecho a presentar a nombre propio cualquier alegación contra Sri Lanka que pudiera existir durante el proceso del proyecto.

Para este primer problema vemos que el análisis del Tribunal es sobre su competencia, y es donde encaja el principio de kompetenz-kompetenz, como

⁶⁴ Asociación: se refiere a la asociación formada entre ambas homologas, y que el demandante está facultado a presentar una demanda a nombre propio o a nombre de su homóloga canadiense, esto en virtud de las leyes de California.

⁶⁵ Asignación: Mihaly alego también ser el cesionario de todos los derechos, intereses y reivindicaciones de su socia canadiense y que en virtud de ello se autorizó a que demandara. Cabe resaltar que esto es reconocido por la ley de California.

vimos en párrafos anteriores, el cual permite la eficiencia máxima del proceso arbitral. El Tribunal va a hacer el análisis respectivo para ver su propia competencia.

Para el caso del ratio materiae, el demandante cita lo que dice el Convenio en su artículo 25º *“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”*, la parte importante es el sentido de inversión, ya que si no existiera ella entonces no habría necesidad de un arbitraje.

En este momento del proceso la empresa tiene una expectativa de acuerdo a conductas actuadas desde el inicio, por el que Mihaly tiene una expectativa, es decir una confianza legítima, la cual permite creer que los gastos en los que está incurriendo son una inversión necesaria para terminar el proyecto encomendado por el Estado.

Para este caso existieron cartas que fueron enviadas entre las partes. El demandante las citó, porque sostiene que no como no existe una definición precisa de inversión, es apropiado dar una interpretación amplia de la misma. Sin embargo la demandada sostuvo que si fuera así los países en desarrollo tendrían problemas para poder adherirse a la Convención.

Hasta este punto del laudo, el concepto de inversión es variable, y el tribunal va a interpretar de acuerdo a los alcances que tenga a través del TBI y del CIADI para encontrar la definición, de la cual laudará a favor o en contra de la competencia de él mismo.

La primera carta que se presentó fue la de intención (LOI), la cual se emitió el 15.02.1993 donde los intereses de la demandante fueron considerados para el proyecto que se transformaría en una inversión. El proyecto consistía en mejorar el suministro de electricidad en Sri Lanka construyendo una nueva planta de generación de energía. La intención era tener facilidad para construirlo y que sea operado por una empresa privada.

Es necesario recalcar que la Carta de Intención constituye una declaración de intenciones y no constituye una unión de cualquiera de las partes a una obligación. Sin embargo *“el Gobierno hará sus mejores esfuerzos para adoptar o hacer que se tomen, toda acción y hacer, o hacer que se haga, todas las cosas necesarias o adecuadas o convenientes conforme a las leyes y reglamentos aplicables para consumir la transacciones en la carta contempladas tan pronto como sea posible ”.*

Acto seguido existió una “Carta de Acuerdo” de fecha 22.09.1993 que se declaraba como parte del cumplimiento de la carta antes mencionada. Posteriormente ha habido discusiones y negociaciones entre las partes, sin embargo los representantes de la Secretaría de Infraestructura y Desarrollo de Inversiones (CEB) y la Dirección de Electricidad de Ceilán confirman que se encuentran satisfechos con el trabajo hasta ese momento realizado, es decir con el progreso de la obra, quienes son representantes del Estado. El término de la operación se había movido de 15 a 20 años lo cual habría tenido un impacto tanto en el modelado como en la parte económica, pero el documento termina sosteniendo que *“esta Carta de Acuerdo está condicionada a la CEB a ponerse de acuerdo sobre el contrato con SAEC (Compañía de Electricidad del Sur de Asia, una compañía formada en Sri Lanka para negociar y gestionar la distribución de los suministros de electricidad), y otros acuerdos asociados para facilitar la realización de acuerdos para su financiación con el proyecto.”*

El 20.07.1994 se firmó una Carta de Extensión (LOE) en respuesta a la petición de la demandante para reestablecer la exclusividad del proyecto, que para la firma de la carta de intención los seis meses de exclusividad estaban próximos a terminar, asimismo se indicó que si no se cumplían los hitos señalados en la carta, es decir con las obligaciones de la obra, entonces dejaría de ser operativa. También se dispuso una extensión en el tiempo de exclusividad y nuevamente se puso que la Carta no constituye un contrato, sin embargo el Gobierno hará lo necesario para consumarlo.

Finalmente se puede concluir que no existió ningún contrato celebrado entre el demandante y demandado para la construcción, propiedad y operación de la central eléctrica propiamente establecida.

Las cartas son intenciones, muestras y afirmaciones que el Estado de una u otra manera ha dejado sobre entender que está dispuesto a contratar, es decir que sus actos indican una confianza para que la empresa genere un gasto en la construcción o preparación, pensando en las necesidades futuras del proyecto.

Es preciso hablar el BIT o Tratado Bilateral de Inversiones, ya que en éste había una definición de inversión, sin embargo Sri Lanka sostenía que en ninguno de los documentos mencionados en párrafos anteriores constituía un acuerdo de inversión entre la empresa de Estados Unidos y Sri Lanka.

En el artículo VI⁶⁶ inciso (a) del TBI se puede leer que *“A los efectos del presente artículo, una controversia de inversión se define como una diferencia en la que (a) la interpretación o aplicación de un acuerdo de inversión entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte; (B) la interpretación o aplicación de cualquier autorización de inversión otorgada por la autoridad de inversiones extranjeras de una Parte a dichas naciones o empresa; o (c) la supuesta violación de cualquier*

⁶⁶ Sri Lanka Bilateral Investment Treaty, setiembre 1991. (Traducción hecha por el autor)

derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión”.

Sin embargo, no es posible no creer que no hubo acuerdos de inversión cuando por las cartas se podría interpretar que existe una conducta de intención, de acuerdos para la obra, es decir para la inversión. La crítica aquí es porque los hechos previos a una gran construcción se deberían entender como una inversión, y si no fuera así, entonces cuál sería su definición.

Asimismo Sri Lanka reafirma su postura por el inciso (b) *“En caso de surgir una controversia entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte, las partes en la controversia deberán primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, que puede incluir el uso no vinculante, los procedimientos de terceros. Sin perjuicio del apartado 3 del presente artículo, si el conflicto no se puede resolver mediante consultas y negociaciones, la controversia se someterá a la liquidación, de acuerdo con los procedimientos de solución de controversias previamente acordados, aplicables; cualquier procedimiento de solución de diferencias entre ellos los relativos a la expropiación y se especifica en el acuerdo de inversión seguirán siendo vinculantes y ejecutables de acuerdo con los términos del acuerdo de inversión, las disposiciones pertinentes de las leyes nacionales y los acuerdos internacionales aplicables en relación con la ejecución de las sentencias arbitrales⁶⁷”*

Para el Tribunal, respecto a la objeción de la ratio personae no procede y sobre la ratio materiae, a pesar de poder surgir una intención de inversión no encaja para que puedan ser competentes.

⁶⁷ Idem.

Balance:

El Tribunal renuncia la jurisdicción sosteniendo que los gastos incurridos por el demandante con posterioridad a la firma de una carta de intención con Sri Lanka, con mira a futuro de construir un proyecto de energía, incluyendo las sumas gastadas en planificación y diseño de la estructura financiera y económica para la negociación y finalización del contrato, no era una inversión de conformidad con el tratado de inversión aplicable. El Tribunal arbitral explicó que el cuidado tomado por Sri Lanka durante las negociaciones, al establecer que las primeras actividades no creaba derechos y obligaciones entre las partes, era suficiente para restarle tal carácter. Por lo anterior el tribunal sostuvo que el demandante no había adquirido activo derecho o interés alguno que pudiera caer dentro de la definición de inversión.

B. Caso Técnicas Medio Ambientales TECMED SA vs Estados Unidos Mexicanos – Caso Nº ARB (AF)/00/2

Técnicas Medio Ambientales, en adelante TECMED SA, empresa española es la demandante y el demandado es los Estados Unidos Mexicanos, en adelante México.

Las peticiones se relacionan con una inversión en terrenos, construcciones y otros activos a raíz de una subasta de licitación pública convocada por Promotora Inmobiliaria del Ayuntamiento de Hermosillo (Organismo público del estado de Sonora – México). El bien es un confinamiento controlado de desechos industriales peligrosos llamado “Cytrar”. Tecmed fue adjudicada como la propietaria del mismo en el año 1996.

Éste fue construido en la localidad de las víboras. Tenían una licencia de funcionamiento para 05 años prorrogable emitida por la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología del Gobierno Federal de México.

Posteriormente la titularidad pasa al organismo público descentralizado del Ayuntamiento de Hermosillo, quien cuenta con una licencia sin plazo limitado de duración otorgado por el Instituto Nacional de Ecología, Dirección General de Materias, Residuos y Actividades Peligrosas de México, todo ello en el año 1994.

Un año después se liquida y extingue el organismo público y pasa a ser propiedad del Estado de Sonora. Luego en forma de donación fueron transferidos a Promotora. En abril 1996 Tecmed solicita que la licencia de operación del confinamiento pase a nombre de Cytrar.

La demanda arbitral persigue una indemnización por daños y perjuicios, incluida el daño moral, más intereses respectivos que se habría materializado el 25.11.98 cuando el Estado niega la renovación de la autorización. Además solicitó un programa de cierre para Cytrar.

Subsidiariamente, la demandante solicita la restitución en especie mediante la entrega de autorizaciones que permitan la operación del confinamiento hasta el término de su vida útil, más resarcimiento por daños y perjuicios.

Igualmente la demandante sostiene que las autorizaciones para funcionar otorgadas por el INE⁶⁸ a Cytrar constituyen una violación de las condiciones bajo las cuales la demandante realizó su inversión por:

1. Las autorizaciones en cuanto a duración y condiciones son distintas con las que contaba al momento de la inversión
2. El precio comprendía la adquisición de activos intangibles que incluía el traspaso a Cytrar de las autorizaciones ya existentes para operar el confinamiento que era operado al momento de realizarse la inversión y no las que fueron en definitiva otorgadas.

⁶⁸ Instituto nacional de ecología, dirección general de materias residuos y actividades peligrosas de México

Sin embargo la demandante no solicita al Tribunal pronunciarse sobre la licitud – ilicitud, legalidad o ilegalidad, de actos u operaciones relativos a la operación del confinamiento Las Víboras anteriores a la resolución del 19.11.98

La demandante sostiene que al negar la renovación de la autorización para el funcionamiento del confinamiento corresponde a un acto expropiatorio de su inversión, sin compensación ni justificación de ningún tipo. Además que frustraría las justas expectativas de continuidad y duración de la inversión realizada y perjudicaría la recuperación de las sumas invertidas más la tasa de retorno esperada. Así también el lucro cesante y oportunidad de negocio pérdidas.

La demandante además alega que las condiciones han sido sustancialmente modificadas luego de efectuada la inversión por razones imputables a acciones u omisiones de distintas autoridades mexicanas, debido a las elecciones del 1997 donde habrían alentado un movimiento ciudadano contrario al confinamiento que perseguía el retiro o no renovación de la autorización de operación del confinamiento y su clausura, conduciendo a que se produzca el bloqueo.

Hasta aquí se puede observar que existe un problema de entendimiento entre las partes por acuerdos entre ellos, donde al parecer no hubo puntos claros. Según se entiende la demandante se ha visto vulnerada por un supuesto acuerdo del contrato. Es necesario recalcar aquí que los contrato ley, en teoría, deben dar una estabilidad jurídica, donde el punto principal es no tener un riesgo político ni cambios intempestivos. El Estado aquí debería no cambiar en áreas como la tributaria, libre disponibilidad de capitales y una serie de garantías adicionales, incluso el tema de expropiación.

Se afirma que la negativa del INE es un acto arbitrario violatorio del acuerdo, del derecho internacional y mexicano, negando haber incurrido en inconductas o infracciones de los términos bajo los cuales fue conferida la autorización del confinamiento que justificase la negativa.

Cytrar junto con Tecmed se comprometieron a reubicar la operación del confinamiento de residuos peligrosos sobre la base de acuerdos alcanzados con las autoridades, y rechaza que no se hubiera aún materializado al momento de denegarse la prórroga. Además rechaza que las demoras, frustración en su realización le sean imputables.

La demandada considera que las facultades del INE para denegar la autorización sean regladas, sino que son discrecionales y también niega que haya un ejercicio arbitrario de tales facultades discrecionales.

Asimismo se sostiene que:

- a. La obligación de obtener licencias y permisos es de Cytrar
- b. Promotora no se comprometió a entregar los permisos ni licencias ni autorizaciones ni garantizó su obtención
- c. Promotora solo aseguró que Cytrar podría funcionar con los permisos ya existentes hasta que Cytrar tuviera las suyas.
- d. Cytrar sabía que debía contar con licencias propias.
- e. Ni Cytrar ni Promotora se acercaron a las autoridades competentes para averiguar sobre la transferencia de permisos existentes.

La demandada niega la competencia del Tribunal Arbitral en relación a las conductas de ella antes que entrara en vigencia el acuerdo. Ésta concluye que no existe una conducta por parte de las autoridades municipales, estatales o federales respecto a la demandante o al confinamiento que constituya una violación a los acuerdos bajos los términos de éste, del derecho mexicano o internacional. Niega carácter expropiatorio a la negación de una nueva licencia, además que cuestiona la base de cálculo de la indemnización, por lo que considera improcedente y exagerada.

La competencia del Tribunal, según la demandante carece de competencia *ratione temporis*, es decir que no es competente para conocer en cuestiones o conductas

suscitadas con anterioridad a dicha fecha. Esto lo sustenta sobre la base del art 18 de la Convención de las Naciones Unidas de Viena de 1969.

El Tribunal no estima adecuado establecer una aplicación retroactiva, por lo que se atenderá y limitará al del acuerdo y las reglas aplicables a la interpretación de tratados. Un Tribunal no puede decidir ni más ni menos que lo necesario para dirimir las controversias que le son sometidas.

El Acuerdo Arbitral se encuentra en el Título II del apéndice del acuerdo⁶⁹ donde queda claro que se puede someter a arbitraje siempre y cuando se haya violado una obligación establecida en el mismo, además que el inversor haya sufrido daños o pérdidas en virtud de la violación o a consecuencia de ella. Igualmente especifica que si han transcurrido 03 años desde que tiene conocimiento y no reclama entonces habrá prescrito.

Hasta aquí el Tribunal está advirtiendo sobre que va a pronunciarse y los puntos a tomar en cuenta. Para parte demandada se defiende, sosteniendo que el acuerdo no se viola o incumple, ya que no existe un compromiso de ayudar con los permisos u otorgárselos sino que se los darían o traspasarían hasta que declinen. Se podría pensar que el Estado debería ayudar o guiar al inversionista para que obtenga los permisos necesarios, sin embargo no sucedió. Un agregado es que tuvo obstáculos y con el cambio de poder político la situación empeoró.

Respecto al alcance de la operación de compra la demandante sostiene que la base de la compra son los bienes muebles, inmuebles e intangibles, consistentes estos últimos en permisos de autoridades municipales y federales de la demandada que permitieran a la demandante a operar. El pago⁷⁰ fue hecho en dinero y en especies con el cierre de relleno sanitario existente para residuos urbanos y la construcción

⁶⁹ Laudo Arbitral CASO N° ARB (AF)/00/2 – Tecmed Vs Mexico, pp 26

⁷⁰ Laudo Arbitral CASO N° ARB (AF)/00/2 – Tecmed Vs Mexico, pp 27

y asesoramiento en la explotación de un relleno sanitario nuevo con el mismo objeto.

La demandada sostiene que Promotora solo subastó y vendió a la demandante un conjunto de bienes muebles e inmuebles <relativos al Parque Industrial> que no incluía permisos o licencias para operar el confinamiento.

Nuevamente el problema es el contrato, o en todo caso la redacción que genera confusión y que de alguna manera dio seguridad al inversionista para que realice gastos de preparación. Estaban también los acuerdos en el contrato como el cierre de relleno sanitario existente para residuos urbanos y la construcción y asesoramiento en la explotación de un relleno sanitario nuevo con el mismo objeto, citado en párrafos anteriores.

El contrato de promesa de compra venta fue suscrito el 20.02.1996 donde se indica que a la firma de la escritura pública los bienes transmitidos habrían de incluir los permisos, licencias y autorizaciones relacionadas con los activos del contrato.

La Escritura Pública de adquisición se firma de 23.03.1996. Sin embargo en la cláusula V se establece que los permisos y licencias gubernamentales serán responsabilidad del adquirente.

La conducta del Estado genera una expectativa, basada en la buena fe, la empresa inversora tiene toda la potestad de creer que tendrá facilidades para la obtención de licencias. Los actos propios del Estado no deberían haber cambiado en el desarrollo del proyecto, sin embargo así sucedió.

En un contrato de prestación de servicios del 28.03.1996 entre Promotora y Cytrar, se acordó que se mantendría vigentes las licencias federales estatales y municipales y demás permisos que necesitara el confinamiento, porque ésta daba servicios de asesoría ambiental

Una interpretación racional y lógica de la documentación aportada por las Partes, es que se tenía en la mira al contratar no solo la transferencia de bienes inmuebles y muebles, sino también establecer los medios para que Cytrar pueda operar el confinamiento de las Víboras. Asimismo se designó a un consejero para que supervise el buen funcionamiento y manejo del ayuntamiento de acuerdo a normativa legal.

Existía una cláusula donde se indicaba textualmente que se brindaría todas las facilidades para obtener los permisos necesarios para el funcionamiento del confinamiento, pero Promotora no aseguró el resultado de los mismos, pero se comprometió a mantener en vigencias las licencias y permisos que Cytrar necesitara hasta que ésta pudiera conseguir las suyas.

Por todo lo expuesto el Tribunal arbitral decidirá sobre:

1. La obligación de expropiar o nacionalizar en violación de acuerdo
2. Obligación de asegurar el trato justo y equitativo conforme al derecho internacional
3. Obligación de otorgar plena seguridad y protección a las inversiones conforme al derecho internacional y restantes violaciones del acuerdo alegadas por el demandante.

Una de las razones por las cuales no se le entrega la licencia es debido a la ubicación y que la ley cambia y se pide ya no 8km, que es la distancia donde estaba ubicado, sino 25 km de los centros poblados, pero queda escrito que no es una ley que se aplica retroactivamente.

Aquí queda claro que la ley no se aplica retroactivamente, por lo que el cambio de distancias no debería afectar, sin embargo veremos que el descontento de los ciudadanos será un detonante, aunque las razones primarias no sean la ubicación sino el transporte de residuos.

En este momento nace la pregunta, ¿no se supone que el Estado va a proteger y brindar ayuda para la inversión extranjera?, debería suceder, pero aquí se va a una empresa sola, sin la seguridad jurídica por parte del Estado.

El Tribunal no debe limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal, sino que debe comprobar más allá de la apariencia cual fue la situación real detrás de la situación denunciada, en este caso de la expropiación

Las razones vinculadas para la no renovación de las licencias y autorizaciones fueron sobre todo sociales y políticas. Las presiones sobre las autoridades municipales, estatales y también hacia el INE sólo empeoraron la situación de la empresa. Dicho de otra manera todo el problema de licencias comienza por temas políticos y sociales ajenos a la empresa inversora. La inversión estaba bien hecha, bajo todas las reglas de ley, casi la totalidad de los acuerdos estaban claros y por escrito, a pesar de ello el Estado no reconoce su mal actuar.

Para continuar abordando el laudo debemos tener en cuenta el trato justo y equitativo:

El trato justo y equitativo es un elemento que compone la legítima expectativa, la cual es materia de la investigación. En el derecho internacional cuando un Estado admite la inversión y a los inversionistas extranjeros, se les garantiza un cierto estándar de tratamiento⁷¹. Una interpretación que ayuda es la del Tratado de Libre Comercio de América del Norte – TLCAN – que establece que *“cada una de las partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de la otra parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como seguridad y protección plenas”*.

⁷¹ VILLEGAS CARRASQUILLA, LORENZO, “Acuerdos de protección a las inversiones y la potestad regulatoria del Estado: un análisis de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo”, *“Revista Internacional de Arbitraje N°12”*, (2010), Colombia, pp 57-104

Asimismo el inversionista espera que el Estado que no cambiará de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes en las que él basó sus decisiones compromisos y planificación del proyecto.

La justa expectativa del inversor, es decir del demandante, era que la normativa mexicana que regía aquella y las facultades de supervisión, control y prevención y sanción serían utilizadas con la finalidad de asegurar que los objetivos de protección ambiental de la salud humana y del equilibrio ecológico fuesen respetados. Cytrar pudo entender de buena fe que su operación de las Víboras bajo la autorización se proseguiría por un tiempo prudencial hasta que la reubicación se concretase.

En suma el INE frustró las justas expectativas de Cytrar sobre la base de las cuales Cytrar cifró su actuación y la demandante su inversión o entendido de otra manera afectó de manera negativa la generación de pautas claras que le permitieran a la demandante o a Cytrar orientar su accionar o su conducta para evitar la no renovación de la autorización o debilitó su posición para hacer valer sus derechos o explorar vías que les permitieran mantenerla.

La demandante alega que las autoridades mexicanas municipales y estatales alentaron los movimientos sociales adversos al confinamiento y la operación por Tecmed y Cytrar.

El Tribunal Arbitral estima que la demandante no ha probado que las autoridades mexicanas cualquiera sea su nivel, hayan alentado o incitado o participado o contribuido con las marchas o apoyo al movimiento social y político en contra del confinamiento. Tampoco existen elementos de juicio que le permitan atribuir responsabilidad al Estado Mexicano.

Asimismo el Tribunal tampoco encuentra razones atribuibles a la demandada sobre un trato discriminatorio en perjuicio de a demandante en violación de las garantías de trato nacional y extranjero, también previstas en el Acuerdo.

.

El Tribunal estima que resarcir económicamente a la demandante por la pérdida de la inversión constituye una forma apropiada de atender a sus reclamaciones bajo el Acuerdo. El valor de la indemnización será de acuerdo al valor comercial del bien expropiado que en el caso de bienes no puede ser menor al del valor fiscal.

La decisión del Tribunal fue que como la demandada infringió sus obligaciones bajo el acuerdo consignados en sus artículos 4.1⁷² y 5.1⁷³, deberá pagar a la demandante la suma de 5.533.017.12 dólares más un interés compuesto, capitalizable anualmente, a devengarse sobre dicha suma a partir del 25.11.98 y una tasa anual del 6%, hasta la fecha del efectivo e íntegro pago a la demandante de todas sus pagaderas a esta por la demandada bajo el laudo. Una vez que la demandada pague el íntegro a la demandante, ésta tendrá que transferir o hacer transferir los bienes del confinamiento.

Balance:

En este laudo vemos que las actuaciones del Estado no han sido congruentes, no existe una conexión entre lo dicho y actuado posteriormente. Las conductas se oponen y generan desconfianza en la empresa que confiando en lo acordado, es que invierte y gasta.

El Tribunal no se deja convencer o amedrentar por los reclamos de posibles confabulaciones por parte del Estado y la población para obstruir el trabajo de la

⁷² Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo, conforme al Derecho Internacional, a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante.

⁷³ La nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares (en adelante "expropiación") que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte Contratante contra las inversiones en su territorio de inversores de la otra Parte Contratante, deberá aplicarse exclusivamente por razones de utilidad pública, conforme a las disposiciones legales, en ningún caso será discriminatoria y dará lugar al pago de una indemnización al inversor o a su causahabiente o sucesor legal conforme a los párrafos 2 y 3 del presente Artículo

misma, quizás incluso podría encajar de una figura de “rescate” por parte del Estado.

Finalmente nuevamente se presenta que el TBI tiene su propia definición de inversión, que para este caso ha proporcionado la ayuda necesaria para que el Tribunal para poder tomar una decisión.

C. Caso F-W Oil Interests, Inc. vs La República de Trinidad y Tobago – Caso Nº ARB/01/14

Este arbitraje empieza en el año 2001, aquí el Tribunal no encuentra viable el término de inversión. La empresa Petrotrin es la que controla el petróleo en Trinidad y Tobago, asimismo una corporación llamada Trinmar es quien maneja la extracción en alta mar, pero es operada por Petrotrin.

Como demandante se tiene a la empresa F-W Oil Interests Inc., en adelante FWO y como demandado a la República de Trinidad y Tobago, en adelante Trinidad y Tobago.

En mayo del año 1999 una de las estructuras más importantes de la planta de extracción de gas y petróleo se vio comprometida. Igualmente la producción de la misma bajó notablemente por un desastre natural. Debido a las grandes pérdidas, de aproximadamente 200 millones de dólares se decide que se recupere a través de una inversión extranjera y se llama a licitación.

Trinmar es quien llama a la licitación, pero este hecho desde el inicio es cuestionable, ya que no estaba facultada a hacerlo. FWO con quien empieza a negociar es con Trinmar, pero Petrotrin interviene en las negociaciones.

Al contrato que se iba a celebrar se le conoce como “Contratista de Servicio”, y no como Inversión Extranjera.

Aquí vemos que el Estado para evitar todos los beneficios que podría tener el inversor, lo cambia a un contrato por prestación de servicios. Se acentúa que una licitación pública no puede verse relacionada con un contrato de prestación de servicios. No son lo mismo, tienen características distintas.

Posteriormente FWO quería garantías por la licitación, consiguientemente solicita a Trinmar: garantizar el pago y además la compensación del pago en previsión del proyecto en caso no se llegue a dar.

Ninguna de las peticiones recibió respuesta, por el contrario Trinmar pasó un comunicado donde se le informa a FWO que se retira de las negociaciones. Es por ello que FWO intenta comunicarse con la empresa o directamente con el Estado de Trinidad y Tobago. Al no tener una respuesta, FWO solicita el arbitraje por realizar una inversión en Trinidad y Tobago, ya que existe un acuerdo de inversión, por la adquisición de derechos para la extracción de petróleo y gas a través del BIT EEUU y Trinidad y Tobago y por contribuir dinero, bienes materiales e intelectuales para el proyecto. Asimismo informó sobre posible corrupción por parte del Estado de Trinidad y Tobago, debido a la duda existencial del pago de un soborno a EEUU por cubrir a Trinmar respecto a sus obligaciones, además de organizar una campaña en contra de FWO para que deje de ser adjudicatario.

Como vemos nuevamente problemas políticos afectan una inversión hasta el punto de no considerarla como tal, por no encajar en las definiciones correspondientes al caso.

Una vez que el Tribunal se instaló y se vio que no había pruebas suficientes respecto a la corrupción no se pronunció al respecto, además que el Tribunal no debe emitir ningún juicio moral al respecto sino únicamente sobre la validez de las reclamaciones establecidas en la solicitud del arbitraje.

La idea principal era saber si el acuerdo pre contractual tenía la validez suficiente para que Trinidad y Tobago le pagara a FWO. El Tribunal sostuvo que si bien había un contrato previo, el contrato legal donde se obliga a Trinidad y Tobago no existía, es decir no existía un contrato donde se obligue por la inversión.

El BIT no comprende una definición propia de inversión, por lo que la confianza puesta en el acuerdo de inversión es justa, es legal por parte de la empresa tener grandes expectativas. El Estado por los problemas antes expuestos, es que rechaza y niega el contrato de inversión y lo ubica como uno de prestación de servicios.

El fallo del Tribunal fue a favor del estado de Trinidad y Tobago porque existía un acuerdo de inversión más no un contrato de inversión, y no estaban obligados a la ejecución de un contrato formal de ejecución.

Para el Tribunal no existió un contrato final. FWO tenía la intención del contrato de licitación, tratando de acordar la mayor cantidad de conceptos y que en un primer momento se obligaban jurídicamente, como una especie de promesa que no se llegó a firmar. En otras palabras no existió un acuerdo definitivo de operación ya que éste estaba condicionado.

BALANCE

En este laudo, la legítima expectativa del inversor no tiene carácter imperativo a pesar de las negociaciones e incluso de haber afirmado por parte del Estado el interés de ejecutar una obra. Posteriormente es cambiado por los intereses políticos e incluso económicos que en principio no deberían afectar al inversionista o perjudicarlo.

A MODO RESUMEN

A lo largo de la investigación jurídica que se ha visto en este último capítulo, se puede concluir que las inversiones son constantes y variantes a la vez, la política económica del mundo es así, versátil y depende de cada Estado regularla, y fomentarla como mejor se acomode a su realidad nacional.

Sin embargo no se puede olvidar que el arbitraje de inversiones ha sido creado para proteger y regular las inversiones y el desarrollo de éstas. Todo ello a través de los mecanismos de derecho y teorías que colaborarán con los Tribunales Arbitrales en caso de surgir algún conflicto entre el inversionista y el Estado receptor.

El Estado tiene figuras que los protegen, pero no siempre se debe predominar su postura, sólo por ser el receptor de la inversión, sino brindar los requisitos necesarios para dar un trato justo, equitativo y sobre todo coherente con las conductas de las partes.

Como se ha visto en los laudos arbitrales analizados, las probabilidades de supuestos parecidos son infinitas, pero la responsabilidad siempre será recaída en los árbitros al momento de laudar, por ello es necesario que conforme la sociedad y el mundo avanza lo hagamos también respecto a las leyes y formas de resolución, teniendo en cuenta que el derecho sirve a la sociedad y no la sociedad al derecho.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El concepto de inversión no se encuentra bien definido o delimitado. Lo que se tiene es una noción muy general como un movimiento económico, pero no se concreta que tipo de protección es necesaria para ella.

SEGUNDA: Los laudos expuestos en la investigación permiten ver las carencias de los árbitros al laudar y las contradicciones en los mismos. Las diferencias de los argumentos y de los casos no son muy diferentes en el fondo, el problema es la legítima expectativa por parte de los inversionistas.

TERCERA: La trayectoria de la legítima expectativa ha pasado por varias figuras jurídicas como la protección diplomática, que no cubrió los intereses necesarios, posteriormente el stoppel, que se acercó un poco más a lo requerido por la similitud al principio de “actos propios”, el cual protege de acuerdo a las conductas formadas por las partes para finalmente formarse por la confianza legítima para ser una estructura completa para las conductas legales.

CUARTA: El concepto de inversión en los tratados es general y distinto entre sí, es decir varía de país en país, por lo que al llegar a CIADI no habrá un consenso de saber qué hacer con el caso. Dependiendo del Tribunal y el Estado receptor se resolverá, sin llegar a un laudo justo y equitativo.

QUINTA: Al reconocer la legítima expectativa como la consecuencia de la confianza legítima, seguridad jurídica, el trato justo y equitativo y la teoría de los actos propios se le debe dar a los inversionistas la posibilidad de un mejor laudo. Sin embargo se tiene como problema la política económica de cada Estado, la cual dificulta al momento de tomar el concepto de inversión

SEXTA: El concepto de inversión ha sido dejado abierto, por llamarlo de alguna manera, para permitir que los Estados y Tratados de acuerdo a su política y economía puedan interpretarse de la manera más adecuada.

RECOMENDACIÓN

Se recomienda reconocer la legítima expectativa como una figura razonable y posible de darse en honor a la buena fe y a la teoría de los actos propios. Durante la investigación se ha podido reconocer ambas figuras que permiten la existencia de la legítima expectativa de derechos por las conductas primarias de una de las partes y que no pueden ser posteriormente contradichas. Sin embargo hay una línea muy delgada que algunas veces los árbitros no reconocen y laudan en contra de ellas.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- AÑOVEROS TRIAS DE BES JULIO, “La protección diplomática”, ID VLEX: VLEX-278002, Fecha: 15.03.2017
- BLACKABY NIGEL, “El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina”, *“Revista Internacional de Arbitraje N° 1, (2004)”*
- BORDA ALEJANDRO, *“La Teoría de los Actos Propios”*, Editorial Lexis Nevis, Argentina, Cuarta Edición, 2005.
- BULLARD GONZALES, ALFREDO, “Litigio arbitral, el arbitraje desde otra perspectiva”, Editorial Palestra, 1ra Edición, 2006
- CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc SRL & Vilela Editor, 2da edición, 2000
- CANTUARIAS SALAVERRY, FERNANDO, “Arbitraje comercial y de las inversiones”, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007
- CANTUARIAS SALAVERRY, FERNANDO, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones, 2007, Lima,*
- CASSAGNE JUAN CARLOS, *“Derecho Administrativo – Tomo I”*, Palestra Editores, Lima, 2010
- CASTILLO FREYRE, MARIO, 1ra Edición, (2010), “Panorama actual del Arbitraje”, Lima, Palestra Editores SAC
- CASTILLO FREYRE, MARIO; (2007), “El Arbitraje: El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia, Lima, Editorial Palestra

- CASTILLO FREYRE, MARIO; *“La Teoría de los Actos Propios”*, Editorial Palestra, Primera Edición, Perú, 2006.
- CHIPANA CATALAN, Jhoel. *Arbitraje: Los árbitros y la Ley de Arbitraje de Perú*. Estudio Mario Castillo Freyre, ECB Ediciones SAC, setiembre 2014
- CONVENIO CIADI
- DIAZ-CANDIA HERNANDO, *“El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje”*, Editorial Aranzandi, Primera Edición, España, 2011
- DIEZ PICAZO PONCE DE LEON, LUIS, *“La doctrina de los actos propios”*, Editorial Aranzadi SA, Segunda Edición, España, Mayo 2014
- GONZALES DE COSSIO, FRANCISCO; *“El Arbitraje”*, 3ra Edición, Editorial Porrúa, México, 2011
- GONZALES DE COSSIO, FRANCISCO; *“La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico”*, Lima Arbitration Nº 2, 2007
- GRIÑO MIGUEL, *“Arbitraje de inversiones. Concepto y evolución. Una breve introducción al tema”*, *“El arbitraje internacional. Cuestiones de actualidad”*, JM Bosh Editor, Barcelona, 2009. Id vLex: VLEZ-57740213
- HERNANDEZ G. JOSE IGNACIO, *“El arbitraje internacional de inversiones desde el derecho administrativo global”*, *“Revista Internacional de Arbitraje Nº 24”*, 2006, Colombia
- HERNANDEZ G. JOSE IGNACIO, *Revista Internacional de Arbitraje Nº 24, “El arbitraje internacional d inversiones desde el derecho administrativo global”*, 2016
- JORGE COVIELLO, PEDRO JOSE, *“La Protección de la confianza del administrado”*, Lexisnexis Argentina SA, Argentina, 2004, 1ra Edición
- KUNDMULLER CAMINITI, FRANZ; *“El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte”*, (versión digital)
- LEDESMA NARVAEZ, MARIANELLA. *“Jurisdicción y Arbitraje”*, 2da Edición, Fondo Editorial PUCP, 2010, Lima
- LOHMANN LUCA DE TENA, JUAN GUILLERMO; *“ El Arbitraje”*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993

- MARTINEZ CARDENAS IRENE, Kompetenz Kompetenz ¿Quién debe resolver acerca de la validez de un contrato? En arbitraje y debido proceso , Estudio Mario Castillo Freyre, enero 2007, Palestra Editores SAC
- MEZGRAVIS A. ANDRES, “El estándar de interpretación aplicable al consentimiento y a su revocatoria en el arbitraje de inversiones, “*Revista Internacional de Arbitraje N°13*”, (2010), Colombia
- MORON URBINA, JUAN CARLOS, “*La Contratación Estatal*”, Gaceta Juridica, Lima, 2016
- OSORIO RUIZ, ZAIDA; 1ra Edición, (1998), “El arbitraje Comercial”, Lima, Editorial Lej
- REDFERN Alan, 4ta Edición, (2006), “Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional, Navarra, Editorial Thomson,
- REDFERN Alan, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Editorial Thomson Aranzandi, 4ta edición.
- RODRIGUEZ ARANA, JAIME, “El principio general del Derecho de Confianza Legítima”, Universidad de Guanajuato Año 1, Num 4
- RODRIGUEZ ARANA, Jaime; El principio general del Derecho de Confianza Legítima, Universidad de Guanajuato, Año 01, Num 04
- SANTISTEVAN DE NORIEGA JORGE, “Revista peruana de arbitraje N°5”, *La Noción De Inversión: ¿Hacia Una Restricción De La Competencia Del CIADI?*, 2007
- VILLEGAS CARRASQUILLA, LORENZO, “Acuerdos de protección a las inversiones y la potestad regulatoria del Estado: un análisis de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo”, “*Revista Internacional de Arbitraje N°12*”, (2010), Colombia
- ZAMBRANA TEVAR, NICOLAS, “La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones”, Editorial Navarra: Thomson Reuters, 2010

FUENTES DIGITALES

- <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx> fecha: 11.08.2016

- <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/default.aspx> (traducción propia del autor) Fecha: 11.08.2016
- ARSEN B.R. PATRICIA, *“Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos”*, Editorial Astrea, Pp. 1-43, En:
<http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/anexo10-tratadosbilateralesdeinversion.pdf>

LAUDOS

- LAUDO “F-W Oil Interest, Inc vs República de Trinidad y Tobago, 03 marzo 2006, ICSID Caso N° ARB/01/14
- LAUDO “Mihaly International Corporation vs República Democrática Socialista de Sri Lanka”, 15 de marzo del 2002, ICSID Case No ARB/00/2
- LAUDO “Técnicas medioambientales TECMED SA vs Estados Unidos Mexicanos, 29 de mayo 2003, Caso N° ARB (AF)/00/2